

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE FRAUDE AL FISCO

Nuri Paz Quezada Gárate
Universidad Finis Terrae
nuripazquezada@gmail.com

Resumen

El presente artículo, enmarcado en la Parte Especial del Derecho penal chileno, tiene por objetivo analizar el bien jurídico tutelado en el delito de fraude al fisco desde una perspectiva tanto doctrinal como jurisprudencial. A partir de este estudio, se concluye que dicho delito posee la característica de “pluriofensivo” o también denominado “delito compuesto”, en atención a que tutela tanto el correcto desempeño de la función pública como el patrimonio fiscal.

Palabras clave:

Delito funcionario, fraude al fisco, bien jurídico protegido.

Abstract

In the present study, framed in the Special Part of Chilean criminal law, aims to analyze the legal good protected in the fraud to the Treasury from a doctrinal perspective, as a jurisprudential one. From this study, it's concluded that such crime has the characteristic of "multi-offensive" or also called "compound crime", due that it protects both, the correct performance of the public function and the fiscal assets.

Key words:

Crime by a public official, fraud to the State treasury, protected interest.

Introducción

En atención a que el bien jurídico protegido en algunos delitos funcionarios puede ser múltiple—en doctrina se ha propuesto, entre otros: velar por la probidad administrativa, la confianza pública depositada en los sujetos que ostentan la calidad de

funcionarios públicos o el patrimonio fiscal— se hace necesario dilucidar cuál o cuáles son efectivamente los bienes jurídicos que se protegen en el tipo penal de fraude al fisco, como un delito especial. Lo anterior, toda vez que existiría en los delitos funcionarios un deber especial de protección a ciertos bienes jurídicos por parte de quienes revisten la calidad de empleados públicos, ya sea, atendida la naturaleza del ejercicio que realizan o, las consecuencias que pueden derivarse afectando eventualmente al bien común.

Por ello, el principal objetivo de este artículo es investigar, tanto en la jurisprudencia, como la doctrina chilena, cuál o cuáles se han consagrado como bienes jurídicos protegidos en el delito funcionario de fraude al fisco con el objetivo de aportar a la doctrina nacional criterios para su determinación. Para ello, comenzaremos 1) analizando el origen histórico del tipo penal de Fraude al Fisco; 2) La evolución del artículo 239; 3) El bien jurídico tutelado en el delito de fraude al fisco de acuerdo a lo analizado por la Doctrina Chilena; 4) Los sujetos del delito de fraude al fisco respecto del bien jurídico tutelado; 5) Finalmente, haremos un breve repaso a la Jurisprudencia Nacional, en relación el bien jurídico en el delito referido.

1. Origen del tipo penal de fraude al Fisco: Código penal español de 1848-50 y los comentarios de Pacheco

En nuestra normativa penal chilena, el delito de Fraude al Fisco se encuentra tipificado en el artículo 239 el cual dispone: *“El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.*

En aquellos casos en que el monto de lo defraudado excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales, se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Si la defraudación excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales se aplicará la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio.

En todo caso, se aplicarán las penas de multa de la mitad al tanto del perjuicio

causado e inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo.”

Como es sabido, al elaborarse nuestro Código Penal, se tuvo a la vista, además del Código penal belga, el Código penal español del año 1848 o también conocido como el Código de Pacheco. Así las cosas, cabe señalar que el artículo 239 ya expuesto, tiene su corolario en el texto español y, específicamente, en su artículo 323, norma que, a saber, rezaba lo siguiente: *“El empleado público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contrata, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, incurrirá en las penas de presidio correccional e inhabilitación perpetua especial”*.

En relación, a los delitos tipificados en el Título Octavo *“Delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos”* del Código Penal del 1984, Pacheco realiza una precisión al concepto de empleado, indicando que este concepto en dicho Código, se refiere a aquellos funcionarios del orden civil que fueron nombrados por el Gobierno, y que *“se destinan á servir bajo sus órdenes en la administración de las cosas públicas. Un eclesiástico, un militar, un escribano propietario de su oficio, un profesor que ganó su cátedra, no se llaman empleados en el lenguaje común; y no tienen ese nombre justamente, porque es necesario distinguirlos de un secretario de gobierno político, de un administrador de rentas, hasta de un consejero real, á quienes libremente se ha instituido, para ejercer la acción del mismo Gobierno, en superior ó en inferior categoría.”* Es ese sentido, Pacheco recalca que la expresión empleado hace referencia a la persona pública que *“tiene un carácter en la sociedad, dirigido á su ordenación según la ley”*¹

En palabras de Pacheco, respecto a los elementos criminales del delito en comento, estos comprenderían por un lado, el fraude o robo causado al patrimonio Estatal y por otro, sería el *“abuso de funciones y de poder con que se comete”*, agrega

¹ Código Penal Español concordado y comentado por Joaquín Francisco Pacheco. Academia Española. Quinta Edición. Tomo II (1881) p.393.

además, que en ello se fundamenta el carácter dual de la pena, que comprende la “inhabilitación perpetua y el presidio correccional”.²

2. Evolución de la norma del artículo 239 del Código Penal Chileno

Al respecto, debemos señalar que el artículo 239 de nuestro Código Penal ha ido evolucionando a través de reformas indispensables para ir acorde a la evolución de la sociedad y a las normas internacionales.

Cabe señalar, que el delito en su origen se encontraba tipificado en el siguiente tenor *“El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea orijinándoles pérdida o privándoles de un lucro lejítimo, incurrirá en las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio i multa de diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado.”*

Sin embargo, dicho artículo fue modificado en el año 2009 a través de la Ley 20.341 que introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la administración pública.

La doctrina ha sostenido que el modo adecuado en que se debiesen sistematizar este tipo de delitos en nuestro Código Penal, sería en atención al bien jurídico protegido. En este sentido, debiese existir una diferencia entre aquellos delitos que atentan contra el correcto desempeño de la Administración y los delitos contra el correcto desempeño de la función jurisdiccional. Así las cosas, es que el proyecto de ley pretendió reformar la penalidad de ciertos delitos contra la función pública, tales como, el aplicar al delito de fraude al fisco el mismo criterio de sanción que se utiliza para las defraudaciones, es decir, el monto comprometido, además de establecer penas más elevadas en atención a la gravedad de que un funcionario público ejecute el delito.³

² Código Penal Español concordado y comentado por Joaquín Francisco Pacheco. Academia Española. Quinta Edición. Tomo II (1881) p.516.

³ Historia de la Ley 20.341. 1. Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados. 1.1 Moción parlamentaria. ver en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4760/>

Es preciso indicar que, en cuanto a la discusión de la modificación propiamente tal, y respecto a la diferencia con la norma vigente, los representantes del Ejecutivo indicaron que la diferencia radica principalmente en la pena de multa “la que podría aplicarse incluso cuando el beneficio obtenido no tuviera contenido económico, regla que se extendía simultáneamente a todas las situaciones que describía el artículo”⁴

Por otro lado, el Diputado Marcelo Díaz, señaló que lo que figura como una pena accesoria, es decir, “la inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio”, daba lugar a situaciones un tanto excesivas dado su carácter, por lo que creía más acertado establecerla como inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios.⁵

En definitiva, la Comisión acordó aplicar el mismo criterio empleado respecto del proyecto señalado, sustituyendo en el inciso final los términos “especial perpetua para el cargo u oficio” por “absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo.”⁶

El Diputado Díaz agregó que “las decisiones legislativas que buscan aumentar las penas a ciertos delitos siempre tienen un efecto global sobre la estructura de nuestro Código Penal. En algún momento tendremos que asumir el desafío de revisar las penas que establece, porque existe una profunda distorsión en la materia. Sin duda, actualizar el Código Penal, que tiene demasiados años sin una intervención integral, es un reto pendiente del que nos tendremos que hacer cargo. En este caso, el aumento de la penalidad de ciertos delitos contra la administración pública va en la dirección que la

⁴ Historia de la Ley 20.341. 1. Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados. 1.3 Informe de Comisión de Constitución. Ver en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4760/>

⁵ Historia de la Ley 20.341. 1. Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados. 1.3 Informe de Comisión de Constitución. Ver en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4760/>

⁶ Historia de la Ley 20.341. 1. Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados. 1.3 Informe de Comisión de Constitución. Ver en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4760/>

ciudadanía nos está demandando: asegurar condiciones normativas y sanciones suficientemente inhibitorias y represivas para quienes cometan tales delitos”.

Por otro lado, el Diputado Renán Fuentealba, plantea la idea de que aquél funcionario público que se aproveche de su cargo para obtener beneficios personales debe ser castigado con penas ejemplificadora, agrega, que nos es posible que en los casos de defraudación al fisco, al ser juzgados, sean sancionados con penas ineficaces, como la mayoría de los casos que han sido castigados con penas de presidio remitidas inferior a sesenta días, y solo han quedado inhabilitados para ejercer el cargo que ocupaban en el momento de cometer el ilícito. Señala además, que “el aumento de las penas permitirá que la administración pública se mantenga con índices de transparencia y probidad de los cuales podamos enorgullecernos.”⁷

En relación a los objetivos fundamentales del proyecto, cabe señalar que este persigue la intención de realizar una reforma a las penas de algunos delitos contra la función pública, y reagruparlos en función del bien jurídico protegido, que a diferencia del actual, los agrupa en razón del sujeto activo. Al respecto, la doctrina ha estado en un constante debate en atención al bien jurídico que se busca proteger en los delitos tipificados en el Título V del Libro II del Código Penal⁸. ETCHEBERRY, comparte la idea del proyecto de ley, en el sentido de que el legislador agrupó este delito en atención al sujeto activo y no al bien jurídico protegido.⁹

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que de acuerdo a una indicación realizada por la Cámara de Diputados, se le adicionaron nuevas normas al proyecto con el objetivo de adecuar nuestra legislación a las recomendaciones planteadas por la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), esto, con la finalidad de

⁷ Historia de la Ley 20.341. 1. Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados. 1.3 Informe de Comisión de Constitución. Ver en:

<https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/4760/>

⁸ BALMACEDA, Gustavo. *La Malversación de caudales públicos y el fraude al fisco en el Derecho Penal Chileno*. Revista de Derecho N° 20 Universidad San Sebastián (2014) p. 83.

⁹ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3° edición (1998) p. 203.

que las disposiciones sean coherentes con la “convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales”, convención de la cual nuestro país es un Estado parte.¹⁰

El artículo 1° N° del proyecto, introduce la siguiente modificación en el Código Penal:

“Reemplaza el artículo 239 del Código Penal, que tipifica el delito de fraude al Fisco cometido por empleado público y lo sanciona con presidio menor en sus grados medio a máximo (541 días a 5 años), inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado. Este ilícito lesiona dos bienes jurídicos: la recta administración pública, en cuanto se infringen deberes funcionarios, y el patrimonio fiscal”.¹¹

En atención a lo planteado y en el proyecto de ley en comento, queda en evidencia que el modificar la normativa en atención al bien jurídico lesionado, así como con la finalidad de ir acorde a las recomendaciones de la OCDE, se estaría pensando que el bien jurídico que se busca proteger en el delito de fraude al fisco no se trataría solo del patrimonio fiscal, sino que también en una correcta administración del Estado como un estándar mínimo exigido por la ciudadanía. Esta idea es compartida por los profesores Rodríguez y Ossandón, en el sentido de que han planteado que este delito tiene una connotación patrimonial, toda vez que, exige que se produzca un detrimento en el patrimonio, lo que confirma que el bien jurídico protegido, también estaría constituido por el patrimonio público, indispensable para el recto y adecuado desempeño de la función pública.¹² Asimismo, plantean que este delito tiende a proteger el correcto funcionamiento de la administración pública, el que se vería lesionado —según comentan los profesores en opinión de la doctrina mayoritaria— “cuando el funcionario

¹⁰ Historia de la Ley 20.341. 2. Primer trámite constitucional: Senado. 2.1 Informe de Comisión de Constitución. Ver en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4760/>

¹¹ Historia de la Ley 20.341. 2. Primer trámite constitucional: Senado. 2.1 Informe de Comisión de Constitución. Ver en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4760/>

¹² RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, *Delitos contra la Función Pública*. Segunda edición actualizada (2008) p.416.

no cumple con el deber de velar por los intereses patrimoniales del Fisco de acuerdo con criterios de economía y eficiencia vulnerando, con ello, alternativamente los principio de objetividad, imparcialidad y transparencia que han de presidir el ejercicio de los cometidos estatales.”¹³ En relación a esto último, el señor José Antonio Viera-Gallo, en ese entonces Ministro Secretario General de la Presidencia, comparte también la idea de que el bien jurídico que se está protegiendo con esta modificación a la normativa sería el principio de la transparencia.¹⁴

3. Doctrina chilena y el bien jurídico tutelado en el delito de fraude al fisco

En relevante mencionar, la relevancia de la determinación del perjuicio al momento de considerar el o los bienes jurídicos que se buscan proteger en el delito analizado. Desde la perspectiva del beneficio económico, se ha sostenido que no se trata de un elemento del tipo penal,¹⁵ vale decir, no se exige un beneficio económico personal para el sujeto activo, sino que basta con que exista un perjuicio al patrimonio fiscal. Esto cobra relevancia, en el sentido de la apreciación que podemos realizar, por ejemplo, cuando un funcionario con ocasión de obtener un beneficio emocional, en razón de su cargo consciente en que se defraude al fisco, en esta situación, sin perjuicio de que el funcionario no reciba un beneficio económico, se va a configurar el delito de fraude al Fisco.

Al respecto, cabe mencionar que respecto al perjuicio, en nuestro Código Penal el delito de fraude al fisco se encuentra tipificado como un delito de resultado, por lo que este exige que el fraude origine una pérdida o una privación de un lucro legítimo al Fisco. Ya sea que el funcionario público defraude o consienta en la defraudación,

¹³ RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, *Delitos contra la Función Pública*. Segunda edición actualizada (2008) p.415.

¹⁴ Historia de la Ley 20.341. 2. Primer trámite constitucional: Senado. 2.2. Discusión en sala. Ver en: <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/4760/>

¹⁵ SALAS, Pablo. *El delito de defraudación fiscal cometido por funcionarios públicos*. Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, Chile, Universidad Católica de Valparaíso (2005).

deberá existir necesariamente un perjuicio como resultado del actuar defraudatorio. Así lo ha expuesto el profesor Videla, quien ha señalado que por “tratarse de un delito de resultado a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los otros delitos funcionarios, es posible concebir formas imperfectas de ejecución: tanto la tentativa como la frustración.”¹⁶

Ahora bien, luego de mencionar el perjuicio en relación al delito que estamos abordando, es necesario indagar respecto al bien jurídico propiamente tal.

Como sabemos, rigen en nuestro sistema de Derecho penal los principios de intervención mínima y de lesividad. Según el primero, el Estado debe recurrir al derecho penal de manera excepcional y solo como medida extrema cuando los demás recursos que posee para preservar el orden social sean considerados insuficientes; el principio de lesividad por su parte, condiciona el rol del derecho penal exclusivamente a la protección de bienes jurídicos considerados fundamentales, por lo que solo pueden ser punibles aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro intereses jurídicos socialmente valiosos.¹⁷

Es menester especificar qué es aquello que se protege al sancionar el delito funcionario, sobre todo, para efectos de distinguir las situaciones en que se considera un delito común y, por consiguiente, no existe la calificación de delito especial o, en aquellas ocasiones en que serían efectivas y suficientes las sanciones que se encuentran contempladas en otras ramas como el derecho administrativo, por lo que en dichas circunstancias se cuestionaría la intervención penal.

Cabe mencionar que respecto al bien jurídico protegido en los delitos funcionarios, existen tres teorías al respecto, la *objetiva*, *subjetiva* y *ecléctica*.

En relación a la teoría subjetiva, el bien jurídico tutelado es la protección de la probidad, entendiéndose que en estos delitos, la trasgresión se trata de una infracción al

¹⁶ VIDELA, Gustavo. *Aproximación a la doctrina y jurisprudencia chilena sobre delitos funcionarios. Malversación de caudales públicos fraude al fisco*. Revista Derecho (2009) p. 95.

¹⁷ GARRIDO Montt, Mario, derecho penal: parte general; 3º edición, Editorial jurídica de Chile (2003).

deber de obediencia y lealtad a la administración del estado, siendo por consecuencia, propio de aquellos que revisten la calidad de funcionario público.

Por otra parte, la teoría objetiva sostiene que el bien jurídico que se busca proteger, dice relación con el deber de cuidado y prestación a la ciudadanía, rigiéndose por los principios rectores de la administración del Estado, tales como, la legalidad, probidad, publicidad, imparcialidad, entre otros). Siendo trasgredido el bien jurídico, cuando se lesionan estos principios.

Finalmente, y sin la intención profundizar, la teoría ecléctica se fundamenta en una simbiosis de ambas teorías descritas anteriormente.

En relación a las teorías ya explicadas, diversos autores explican a su entender cuál es el bien jurídico protegido en los delitos funcionarios a nivel general.

En palabras de Queralt, quien adopta la teoría objetiva señala; “la eficacia se consigue mediante la prestación de servicios públicos (...) Es esa capacidad de prestar servicios lo que, en mayor o menor medida, se pone bajo la óptica del ámbito punitivo. Dado que el estado actual, desde esa perspectiva, es un estado prestacional, le procura asistencia, esa capacidad de prestar servicios es el centro de la protección jurídico-penal, es decir, constituye el bien jurídico protegido.”¹⁸

Por otro lado, Morales sigue la tendencia de que el “El bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración Pública entendida en sentido amplio como una actividad del Estado, no solo en el aspecto técnicamente llamado administrativo, sino también en el legislativo y judicial”¹⁹

A nivel doctrinario existe cierta tendencia con respecto a las teorías mencionadas anteriormente, cuál sería la teoría objetiva. Sin embargo, nuestro Código Penal en virtud

¹⁸ QUERALT, Joan Joseph. Derecho penal español: parte especial. 4ª edición. Barcelona (2002).

¹⁹ MORALES, Roberto. *El nuevo tipo penal de enriquecimiento ilícito del artículo 241bis del código penal. De la unidad especializada en delitos funcionarios y probidad pública* (2006).

de la tendencia que existía en el momento de su creación y dictación, se inclinaría por la teoría subjetiva.

Dicho aquello y en lo que se refiere al bien jurídico protegido del fraude al Fisco, es relevante señalar que la misma descripción típica hace referencia a la lesión del patrimonio público, como un interés que se busca proteger, es decir, se exige que se produzca un perjuicio, toda vez que, según reza el *"empleo público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia"*, por tanto, es evidente que se refiere al patrimonio público, por una parte, por la redacción y por la otra, "por la denominación del Párrafo en que se ubica, que opone el concepto de fraude al de exacción ilegal o, lo que es lo mismo, la noción de patrimonio público a la de patrimonio particular".²⁰

Como se desprendería de la norma, el delito tendría como objetivo la especial protección de la función pública, pues se fundamentaría en el resguardo de la probidad en el ejercicio de las funciones de dichos sujetos. En este sentido, parte de la doctrina ha concordado en que ese correcto desempeño de la función pública, se vería lacerado cuando el empleado público no vela por el patrimonio fiscal en el ejercicio de sus funciones.²¹ Esta idea es compartida por Mayer, quien ha señalado que tradicionalmente se ha señalado que el bien jurídico tutelado, es tanto patrimonio fiscal como la función pública, esto, debido a que es posible interpretar que "lo protegido por el delito es un interés colectivo y no meramente particular, cuya afectación demanda una reacción penal más rigurosa".²²

²⁰ MAYER, Laura. *El patrimonio del estado como objeto de protección penal*. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 29 (2007) p 7.

²¹ RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, *Delitos contra la Función Pública*. Segunda edición actualizada. (2008).

²² MAYER, Laura. *El patrimonio del estado como objeto de protección penal*. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 29 (2007) p 7.

4. Bien jurídico. Sujetos del fraude al fisco

Al respecto, cabe señalar que nos encontramos frente a un delito especial, en el cual el *sujeto activo* debe ostentar la calidad de funcionario público. Además de esta calidad, la ley establece como requisito adicional que la autoridad o funcionario intervenga en razón de su cargo, es decir, dentro de la esfera de sus atribuciones o competencias específicas. Por lo que si el funcionario comete fraude, pero actuando fuera del ámbito de sus atribuciones, deberá ser sancionado por el delito de estafa.

Ahora bien, en relación a lo anterior, se hace necesario consignar qué se entiende por funcionario público. Desde una perspectiva etimológica “importa el estado particular de una persona que desempeña un trabajo, un cargo o función, vinculado jerárquica o patrimonialmente al Estado o sus organismos”²³. Por otro lado, el Código penal español, en su artículo 24 N° 2, señala: “*Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas*”.

A su vez, el artículo 260 del Código Penal, define al empleado público, en los siguientes términos “*se reputa empleado público 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 sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular*”.

Por otro, en lo que respecta al *sujeto pasivo*, es dable señalar que corresponde al Estado o Administración Pública en general, no obstante ello, es necesario distinguir con respecto a la defraudación directa por medio de engaños, entre el ofendido por el delito y el sujeto pasivo del fraude, respecto a esta distinción se ha señalado que “el primero corresponderá a la Administración Pública y el segundo, a un funcionario que tenga competencias similares a las del sujeto activo para interferir en la operación

²³ RUIZ, Guillermo. “*Ensayo acerca de la malversación de caudales públicos y distracción de los mismos*”. ver en: www.cde.cl

respectiva, pero no es necesario que tenga competencia específica para la disposición de los bienes determinados”.²⁴

En doctrina se discute la determinación de cuál es el bien jurídico que se protege en aquellos delitos cometidos por funcionarios públicos.

Esto debido a que el código penal en el Título V del Libro II, menciona una serie de delitos funcionarios, en los cuales no en todos ellos exigen que el sujeto activo del delito sea un funcionario público; lo que en la práctica genera oscuridad en torno a esclarecer a qué es con precisión lo que se quiere proteger.

Labatut señala que “aunque la diversidad de infracciones agrupadas en el presente título trae aparejada la lesión de diferentes bienes jurídicos, todas ellas presentan un denominador común: la protección de la buena y ordenada marcha de los servicios públicos.”²⁵

Etcheberry dice, “el legislador parece haber agrupado aquí las infracciones atendiendo al sujeto activo, los empleados públicos, y no al bien jurídico tutelado (...) sin embargo, resulta claro que el legislador debe haber tenido en consideración algún bien jurídico particular dentro del Título V, ya que encontramos en varios otros títulos del Código diversas infracciones que también son cometidas por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, y que no se reglamentan en este título. En tal sentido, el epígrafe del mismo no resulta exacto y peca por defecto”. En este mismo sentido expresa “la ley no ha sancionado en este título todos los atentados contra el recto y normal desenvolvimiento de la administración pública, sino solamente aquellos que tienen como sujeto activo a un empleado público. Esto es, se toma en particular consideración la infracción de un deber específico de lealtad, de corrección y de eficiencia que pesa sobre determinadas personas ligadas con la autoridad pública por un

²⁴ SALAS, Pablo. El delito de defraudación fiscal cometido por funcionarios públicos. Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, Chile, Universidad Católica de Valparaíso (2005)

²⁵ LABATUT, Gustavo, Derecho Penal, parte especial. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, sexta edición (1977)

vínculo especial. Este deber confiere una mayor relevancia a las infracciones contra la administración pública cuando su autor es un empleado público, ya que a la ofensa del bien jurídico protegido se añade el quebrantamiento de un deber específico”²⁶

Politoff-Matus-Ramírez sostienen que como bien jurídico protegido de manera común por todas estas figuras puede postularse el recto funcionamiento de la administración pública, cuyos funcionarios tienen un deber especial frente a la consecución de sus finalidades en orden a la prosecución del bien común, lo que justifica el diferente tratamiento penal que se les dispensa, mediante la construcción de “delitos especiales”, sin perjuicio de las particularidades de cada delito²⁷

Contreras opina que el denominador común de la corrupción no pasa por la calidad especial del autor del delito, sino por lo que la tipificación penal pretende proteger. Señala que en la dogmática chilena post dictadura aún prima la concepción del deber de respeto del funcionario público al principio de Probidad Administrativa como fundamento de la tipificación penal, el cual consiste en observar una conducta funcionaria intachable, tener un desempeño honesto y leal de la función o cargo y la preeminencia del interés general sobre el particular, para a continuación criticar esta posición ya que se debe rechazar toda clase de ideología y subjetivismo como fundamento para la defensa o protección de los intereses sociales más relevantes, “(...) el contenido del bien jurídico tutelado no puede quedar entregado a elaboraciones conceptuales vagas, meramente formales y subjetivas (...) y hasta cierto punto moralista como honestidad, lealtad, conducta intachable.”²⁸

Rodríguez y Ossandón señalan; que, si bien es cierto que la noción de correcto desempeño de la función pública permite explicar el sentido de protección de la

²⁶ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, parte especial, T. IV, 3a edición revisada y actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile (2001).

²⁷ . POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean; RAMÍREZ, María, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 2a edición, Santiago, Editorial jurídica de Chile (2005).

²⁸ CONTRERAS, LUIS, Anotaciones sobre la Legislación Penal Sustantiva y Procesal Chilena referida al fenómeno de la corrupción. En: Rodríguez, Nicolás; Caparrós, Eduardo; y Contreras, Luis (coordinadores), Prevención y Represión de la Corrupción en el Estado de Derecho, Santiago, LexisNexis (2005).

totalidad de las figuras del Título V del Libro II del CP, no debe perderse de vista que éste es un bien jurídico de naturaleza institucional o supraindividual, que se estructura sobre la base de caracteres esencialmente normativos, los que varían de un delito a otro. De ahí que es necesario precisar, frente a cada delito, los aspectos concretos que se pretenden tutelar, los que pueden ser: decisión del caso conforme a derecho, preservación de la imparcialidad, actuación conforme a garantías procedimentales, etc. “la función de prestación a los ciudadanos y el cumplimiento de los criterios objetivos correspondientes a los fines del Estado social y democrático de Derecho. En particular, ello se concreta en los principios de objetividad, imparcialidad y eficacia que informan la actuación de las administraciones públicas”²⁹

Podríamos concluir en virtud de lo expuesto, que la doctrina actual considera que el bien jurídico protegido en los delitos contenidos en el Título V del Libro II del CP, sería el correcto y eficaz desempeño de la función pública, entendida como actividad del Estado desarrollada en beneficio de todos los ciudadanos.

No obstante lo anterior, y de acuerdo a lo analizado en los capítulos que anteceden, cobra relevancia la determinación de los sujetos que intervienen en el tipo penal de fraude al fisco, toda vez que, se comprende al sujeto activo como aquél que posee un vínculo con el Estado, ya sea, jerárquica o patrimonialmente y a su vez, al Estado como sujeto pasivo. Dicho aquello, es interesante destacar que la finalidad del Estado es el bienestar para su ciudadanía, por ende, el cómo desarrolle su función el sujeto activo para el Estado, siempre va a afectar a la ciudadanía. Es por esto, que el funcionario público, como sujeto vinculado a Estado, debe tener permanentemente a la vista el propósito principal por el que debe velar el Estado, al momento de ejercer su función pública.

5. Jurisprudencia nacional y el bien jurídico tutelado en el delito de fraude al Fisco.

²⁹ RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, Delitos contra la Función Pública, 2a edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile (2008).

En razón de la jurisprudencia emanada por los tribunales superiores de justicia de los últimos años; con respecto a los fallos sobre el delito de fraude al fisco por parte de un funcionario de la administración del estado se han manifestado de la siguiente forma;

Se entiende que en la conducta tratada para el referido delito, el sujeto activo es un empleado público que debe intervenir en una operación, pero no se exige que pertenezca al mismo ente defraudado.

Nuestra jurisprudencia entiende que el término “operación” no puede ser entendido en forma restrictiva como sinónimo de negociación contractual en que el Estado es representado por un funcionario con competencias para intervenir en ellas, porque darle ese alcance implicaría desconocer que la intención del legislador fue ampliar el ámbito de aplicación del artículo 239, porque se limitaría el sujeto activo idóneo para cometer este delito solo a aquellos que tuvieran competencias específicas de orden contractual, y porque la finalidad de introducir el vocablo operación en el delito en cuestión fue extender el tipo a supuestos distintos al ámbito de la contratación estatal.³⁰

Esta intervención debe realizarse por razón de su cargo (debe tener competencia para participar en ciertas operaciones) y no es necesario que el empleado tenga los fondos bajo su custodia. Solo se exige que el funcionario intervenga en operaciones económicas con terceros representando al Estado, es decir, que esté encargado de velar por el interés público cabiéndole cierto grado de responsabilidad en la corrección del procedimiento y de las decisiones, lo que fundamentaría la mayor penalidad de la figura.³¹

Por otro lado, el Ministerio Público en relación al tema en cuestión, se expresa de la siguiente manera *“esta fiscalía entiende que el bien jurídico protegido por estas figuras penales no es sólo la rectitud con que los funcionarios públicos deben actuar o*

³⁰ CORTE SUPREMA, Fisco de Chile con Juan Julio Venegas y otros, No Legal Publishing: 41.810. En el mismo sentido la sentencia de CORTE SUPREMA, Fisco de Chile con Tomasa del Carmen Barahona Guajardo y ³⁰ otros, No Legal Publishing: 36.452.

³¹ RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, *Delitos contra la Función Pública*. Segunda edición actualizada (2008).

*el cumplimiento de terminadas formalidades que les son asignadas, sino que, de manera mucho más relevante y profunda, lo será el ejercicio o una relación establecida con “función pública”, de la cual se exige un desempeño recto, probo, ágil y sujeto a las reglas y normas jurídicas por sobre todo”.*³²

A su vez, los Tribunales superiores de justicia se han referido de la siguiente manera al delito de fraude al fisco.

La jurisprudencia ha sostenido que deben concurrir a lo menos tres requisitos para que estemos en presencia del delito de fraude al Fisco. En el caso de una imputada por el delito en cuestión, que posteriormente fue absuelta por faltar uno de estos requisitos, se señaló por la Corte de Apelaciones de Santiago: *“Para que concurra la figura antes transcrita, deben reunirse diversos requisitos: a) existencia de una pérdida o privación de un legítimo lucro o ganancia, b) que dicha pérdida o privación de ganancia se produzca en una operación celebrada por el fisco con un particular, c) Que la referida pérdida o privación encuentre su origen en la participación punible de un funcionario público”*(Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia del 14 de mayo del 2003).³³

“Se trata de una figura especial asociada a una forma de defraudación, que en sus aspectos subjetivos requiere de una conducta dolosa de cooperación, concertada o no, con el ánimo de malversar el erario fiscal, exigencia que resultó acreditada en el proceso, según se estableció latamente en la sentencia recurrida y que constituye un hecho no controvertido en la litis. Se caracteriza por ende por la producción de un menoscabo patrimonial al Estado, perpetrado a través del engaño o el incumplimiento de ciertos deberes, de modo que el empleado puede producir el perjuicio merced a un ardid o bien mediante el incumplimiento de sus obligaciones funcionarias, son que se requiera un beneficio para el subalterno, que puede no recibir ninguna, sino actuar por amistad, espíritu de venganza u otro móvil, aunque siempre se exige el menoscabo al interés público(...)” (Sentencia 496-2011. Excma. Corte Suprema)

³² Oficio N° 142. Ministerio público, Fiscalía Nacional.

³³ REYES, Javiera (2003).”*Delitos funcionarios que consisten en la falta de probidad*”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. En repositorio U de Chile, p 76.

Finalmente, nuestra Excma. Corte Suprema ha señalado respecto del bien jurídico protegido en el delito analizado, lo siguiente: *“Aun cuando es cierto que el delito de fraude propende a proteger la integridad del patrimonio fiscal, también está presente la necesidad de propiciar el correcto funcionamiento de la administración”* (496-2011. Excma. Corte Suprema.)

CONCLUSIONES

Más allá de los cuestionamientos doctrinales modernos, me parece relevante tener presente la historia fidedigna no solo de nuestra ley, sino que además, de la que se tuvo como corolario al momento de crear la norma. En este breve estudio y análisis en torno al bien jurídico que se busca proteger en el delito, título de este artículo, se partió desde el origen y evolución de la norma, pasando por la doctrina nacional y finalizando con la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, es así como, se plantea que el tipo penal de fraude al fisco no solo contempla como bien tutelado el patrimonio fiscal, sino que además, se busca proteger el correcto desempeño de la función pública. Lo anterior, en atención a las siguientes consideraciones.

- (i) Coincide que tanto parte de la doctrina como los legisladores, han sostenido que lo que se busca proteger en los delitos funcionarios, a nivel general, sería el correcto funcionamiento de la función pública, reprochando todo acto contrario a la probidad. Esto, más allá de lo que se busque tutelar en cada delito en particular, como lo es en el caso del fraude al fisco, que además se busca proteger el patrimonio fiscal, por eso es que se sanciona el actuar, existiendo o no beneficio económico para el sujeto activo del delito.
- (ii) Los Legisladores al momento de realizar modificaciones a la norma, siempre tuvieron a la vista los principios de probidad y transparencia, y las justas demandas de la ciudadanía a fin de que se busque inhibir la comisión de los delitos que afecten la probidad administrativa, como un estándar mínimo en el correcto desempeño de la Administración del Estado.
- (iii) En razón de lo anterior, es que además se planteó la idea de establecer penas ejemplificadoras para aquellos funcionarios que utilizaran su función pública

de manera de obtener beneficios personales y no atendiendo al bien común como fin último de la Administración del Estado.

- (iv) La Corte Suprema ha sido enfática en señalar que más allá de lo evidente que se busca proteger con el delito de fraude al fisco, tratándose del patrimonio fiscal, es innegable la necesidad de proteger el correcto desempeño de la Administración pública.
- (v) Se concluye entonces que el delito de fraude al fisco se califica como un delito compuesto o pluriofensivo, en el sentido de que se busca tutelar el correcto desempeño de la función pública que se ve lacerada cuando el funcionario público no obra con probidad y en resguardo del bien superior que indirectamente debe proteger, en consideración a que se trata de un sujeto dependiente del Estado. Así como, la evidente protección del patrimonio fiscal que se tipifica en el delito, como la pérdida o privación del lucro legítimo de la Administración pública.

BIBLIOGRAFÍA

- CÓDIGO ESPAÑOL concordado y comentado por Joaquín Francisco Pacheco. Academia Española. Quinta Edición. Tomo II (1881).
- HISTORIA DE LA LEY 20.341. 1. Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados. 1.1 Moción parlamentaria. ver en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4760/>
- BALMACEDA, Hoyos, Gustavo. “*Los Delitos Funcionariales en la Jurisprudencia*”. 1º edición, LegalPublishing. (2013).
- BALMACEDA, Gustavo. “*La Malversación de caudales públicos y el fraude al fisco en el Derecho Penal Chileno.*” Revista de Derecho N° 20 Universidad San Sebastián (2014).

- MAÑALICH, Juan Pablo. “*La Malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales*”. Polít. Crim. Vol. 7, N° 14. (2012).

- RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, “*Delitos contra la Función Pública*” 2a edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile (2008).

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

- REYES S., Javiera. “*Delitos funcionarios que consisten en la falta de probidad*”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. En repositorio Universidad de Chile. (2013).

- CORTE SUPREMA, Fisco de Chile con Juan Julio Venegas y otros, No Legal Publishing: 41.810. En el mismo sentido la sentencia de CORTE SUPREMA, Fisco de Chile con Tomasa del Carmen Barahona Guajardo y ¹otros, No Legal Publishing: 36.452.

- QUERALT Jiménez, Joan Joseph. *Derecho penal español: parte especial*. 4ª edición. Barcelona. (2002).

- MORALES Peña, Roberto. *El nuevo tipo penal de enriquecimiento ilícito del artículo 241bis del código penal. De la unidad especializada en delitos funcionarios y probidad pública*. (2006).

- Oficio N° 142. Ministerio público, fiscalía nacional.

- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, parte especial*, T. IV, 3a edición revisada y actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. (2001).

- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean; RAMÍREZ, María, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 2a edición, Santiago, Editorial jurídica de Chile (2005).

- CONTRERAS, LUIS, *Anotaciones sobre la Legislación Penal Sustantiva y Procesal Chilena referida al fenómeno de la corrupción*. En: Rodríguez, Nicolás; Caparrós,

Eduardo; y Contreras, Luis (coordinadores), *Prevención y Represión de la Corrupción en el Estado de Derecho*, Santiago, LexisNexis (2005).

- GARRIDO Montt, Mario, *Derecho penal: parte general*; 3º edición, Editorial jurídica de Chile. (2003).

- BUSTOS Ramírez, Juan y HORMAZABAL Malaree, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Editorial Trotta (1999).

- SALAS Donoso, Pablo. *El delito de defraudación fiscal cometido por funcionarios públicos*. Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, Chile, Universidad Católica de Valparaíso (2005).

- VIDELA, Gustavo. *Aproximación a la doctrina y jurisprudencia chilena sobre delitos funcionarios. Malversación de caudales públicos fraude al fisco*. Revista derecho 2009 YK.indb. (2009)

- RUIZ Pulido, Guillermo. “Ensayo acerca de la malversación de caudales públicos y distracción de los mismos”. Ver en: www.cde.cl

- MAYER, Laura. *El patrimonio del estado como objeto de protección penal*. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 29 (2007).