ESCOBAR, Javier; CASTILLO, Ignacio: "Informe en derecho sobre los requisitos y alcance del delito de malversación de caudales públicos (causa RUC 170035831-0)". *Polít. Crim.* Vol. 18 N° 35 (Julio 2023), Doc. 1, pp. 490-511 [http://politcrim.com/wp-content/uploads/2023/07/Vol18N35D1]

Informe en derecho sobre los requisitos y alcance del delito de malversación de caudales públicos (causa RUC 1700358131-0)

Javier Escobar Veas
Doctor en Derecho, Università Luigi Bocconi
Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Austral de Chile
javier.escobar@mail.udp.cl
https://orcid.org/0000-0001-9266-0396

Ignacio Castillo Val
Doctor en Derecho, Università degli Studi di Milano
ignacio.castillo.val@gmail.com

Fecha de recepción: 21/10/2022
Fecha de aceptación: 11/06/2023

1. Breve reseña histórica del caso[*]

En causa RUC 170035831-0, seguida ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, el 5 de octubre de 2021 se formalizó la investigación en contra de la imputada M.J.B.S, por su presunta participación en el delito de malversación de caudales públicos, previsto y sancionado en el artículo 233 N° 3 del Código Penal,[1] en carácter de reiterado, por conductas supuestamente realizadas entre el 01 de enero de 2007 y el 11 de marzo de 2011. En esa oportunidad, además, el tribunal decretó, respecto de la imputada, medidas cautelares del artículo 155 del Código Procesal Penal.

En dicho contexto, la defensa de la imputada nos solicitó un informe en derecho, a fin de reforzar la solicitud de sobreseimiento definitivo que se había realizado, como estrategia de litigación, ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago. En la mencionada solicitud, la defensa nos encargó, según se detallará más adelante, básicamente hacernos cargo de los siguientes aspectos dogmáticos: revisar ciertos aspectos complejos en materia de autoría y participación en el delito de malversación de caudales públicos, y abordar el problema de la prescripción de la acción penal.

El 26 de abril de 2022, el 7° Juzgado de Garantía de Santiago rechazó la solicitud de sobreseimiento definitivo solicitado por la defensa de la imputada, fundado en las letras a) y b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, argumentando, en síntesis, que la imputada sí había tenido a su cargo los caudales públicos en cuestión, justificando con ello una tesis de "comunicabilidad extrema", calificando la intervención de la imputada como autora del

[*] El presente trabajo reproduce, con algunas modificaciones, el informe en derecho que los autores elaboraron a solicitud de la abogada Paula Vial, en causa RUC 170035831-0, seguida ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago. Agradecemos decididamente la autorización brindada, tanto por la abogada como por su representada, para publicar el informe elaborado.

[1] En adelante, los artículos del Código Penal serán identificados únicamente con su numeración, a fin de facilitar la lectura del texto.

delito investigado, en particular bajo la hipótesis del artículo 15 N° 3, atendida la supuesta existencia de un concierto previo entre la imputada y otros imputados en el caso. Respecto de la prescripción, el tribunal rechazó la solicitud impetrada, argumentando que la querella del Consejo de Defensa del Estado había sido presentada en marzo de 2020, teniendo ella la aptitud para suspender el plazo de prescripción, el cual era, en opinión del tribunal, de 10 años.

En contra de esa resolución, la defensa de la imputada presentó un recurso de apelación, el que ingresó a la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el rol 1848-2022. El 16 de junio de 2022, la Corte decidió, por mayoría, revocar la resolución del juez a quo y declarar el sobreseimiento definitivo y parcial de la causa, en favor de la imputada, en virtud de lo dispuesto en la letra d) del artículo 250 del Código Procesal Penal, por encontrarse prescrita la acción penal para perseguir la responsabilidad en el delito investigado, el cual la Corte calificó como un delito de hurto, en carácter reiterado, cometido en el periodo comprendido entre los años 2007 y 2010.

En contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, tanto el Ministerio Público como el Consejo de Defensa del Estado presentaron un recurso de queja, alegando, en síntesis, una grave falta o abuso en la decisión de la Corte de Apelaciones, por interpretar erróneamente —en cuanto al estándar exigido para su concurrencia— el supuesto de sobreseimiento de la letra d) del artículo 250 del Código Procesal Penal; por haber ponderado equivocadamente el artículo 233 del Código Penal, al exigir un requisito adicional no previsto en el tipo penal; por haber aplicado equivocadamente las normas sobre prescripción; y, en fin, por no haber fundamentado adecuadamente la sentencia, conforme lo demanda el artículo 36 del Código Procesal Penal.

La Excma. Corte Suprema, con fecha 15 de julio de 2022, por decisión de mayoría, desestimó de plano ambos recursos, los cuales habían ingresado con los roles N°s 25.233-2022 y 25.259-2022.

2. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, como es posible advertir de su lectura, incorpora una parte relevante de los argumentos expuestos en el informe que acá se presenta. En concreto, la corte afirma que, conforme a los antecedentes de la investigación, no resultaba posible afirmar que los dineros supuestamente apropiados hubiesen estado a cargo de la imputada en depósito, consignación o secuestro, ello pues nunca estuvieron bajo su protección o resguardo. Lo anterior cobra especial relevancia, señala la corte, considerando las particulares circunstancias normativas que regulan los gastos reservados en la Ley 19.863, que se entregan a determinadas entidades —como carabineros— para el "cumplimiento de sus tareas públicas relativas a la seguridad interna y externa y el orden público del país y a las funciones inherentes a la jefatura del Estado, y que por su naturaleza requieran reserva o secreto". En este contexto, no aparece en lo absoluto que la imputada haya tenido alguna relación con los gastos reservados supuestamente sustraídos, pues ella no formaba parte de la institución de Carabineros de Chile, sino que, por el contrario, se desempeñaba a la época como Subsecretaria de Carabineros, una institución distinta de la primera.

Debido a lo anterior, la corte concluye que la Subsecretaría de Carabineros no tenía ninguna vinculación con dineros provenientes de gastos reservados, al no encontrarse dicha institución dentro de las instituciones contempladas en el artículo 3 de la Ley 19.863.

Descartada entonces la existencia de uno de los elementos del tipo penal de la malversación de caudales públicos, la Corte de Apelaciones resuelve calificar los hechos imputados como un delito de hurto, previsto y sancionado en el artículo 446 N° 2 del Código Penal. Luego, en razón de esa recalificación, la corte estimó que sí correspondía considerar prescrita la acción penal, dado el excesivo tiempo que había mediado entre la comisión del último acto penalmente relevante y la presentación de la querella por parte del Consejo de Defensa del Estado.

Sobre este punto, cabe destacar el considerando vigésimo sexto de la sentencia, en que la Corte afirma que, con relación a la duración del caso, "se advierte una excesiva dilación en la indagación y persecución penal de los ilícitos, cuyo origen tuvo lugar hace más de 15 años, tardanza que no resulta atribuible a esta judicatura".

Sin perjuicio de lo anterior, nos permitimos señalar que hubiera sido deseable que la Corte de Apelaciones se hubiera referido a uno de los aspectos relevantes del caso, y que el informe menciona, a saber, el problema de la correcta interpretación de las normas sobre prescripción de la acción penal en casos de concurso real, particularmente en supuestos en que, consideradas individualmente, las sumas de dineros apropiadas deben calificarse como varios simples delitos, sin perjuicio de lo cual el Ministerio Público, a fin de evitar la aplicación de las normas sobre prescripción, prefiere considerar todos los importes apropiados de manera global, a fin de calificarlos como crímenes, aumentando con ello el plazo de prescripción. Este punto quedará, no cabe duda, para un debate futuro.

Informe en Derecho

Para la elaboración del presente informe se tuvieron a la vista los antecedentes de la investigación, especialmente la querella presentada por el Consejo de Defensa del Estado, de fecha 4 de marzo de 2020; el informe en derecho redactado por el profesor Juan Ignacio Piña Rochefort;[2] y las dos declaraciones de la imputada, de fecha 03 de diciembre de 2018 (en calidad de testigo) y 26 de febrero de 2020 (en calidad de imputada), respectivamente.

La razón que motiva la elaboración del presente informe es la existencia de puntos específicos que, en opinión de la defensa, no habrían sido todavía suficientemente abordados, a pesar de su crucial importancia para la adecuada resolución de la controversia. En concreto, este informe tiene por finalidad revisar dos grandes materias: a) Los elementos exigidos y las posibles modalidades que pueden adoptar la autoría y la participación en el delito de malversación de caudales públicos; y b) La aplicación de la prescripción de la acción penal al caso particular que funda esta investigación, con especial referencia al fenómeno de la reiteración delictiva.

[2] Juan Ignacio Piña, "Informe en Derecho. Malversación de Gastos Reservados".

Sobre la base de lo expuesto por el Consejo de Defensa del Estado en su querella, así como por el Ministerio Público en la respectiva audiencia de formalización de la investigación, los hechos imputados pueden resumirse en los siguientes términos: Durante los años 2006 y 2016, distintos funcionarios de Carabineros de Chile del Departamento IV, "Contabilidad y Finanzas Dirección General de Carabineros", y del Departamento I, "Presupuesto y Finanzas", que administraban dineros correspondientes a gastos reservados, procedían a elaborar un listado de distribución de dichos montos, indicando altas reparticiones y jefaturas de la institución, quienes recibían recursos procedentes de estos gastos reservados. Además, durante los años 2006 y marzo de 2010, también se habría incluido en este listado de receptores a la imputada, quien se desempeñaba como Subsecretaria de Carabineros. Así, entre enero de 2007 y febrero de 2010, la imputada habría recibido fondos públicos provenientes de Gastos Reservados por un total de $42.138.000, dineros que fueron destinados a distintos fines personales. La imputada habría recibido estos dineros con pleno conocimiento de que no le correspondía percibir esas sumas, y teniendo en cuenta que la Subsecretaría de Carabineros no se encontraba entre las entidades autorizadas para recibir gastos reservados por Ley de Presupuesto del Sector Público.

1. Generalidades y cuestiones no controvertidas

El 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 sustrajere. Tradicionalmente, este delito se ha denominado malversación propia o peculado,[3] designación utilizada para distinguirlo de los demás delitos contemplados en el párrafo 5° del Título V del Libro Segundo del Código Penal.

El artículo 233 sanciona la conducta del funcionario público que, teniendo los caudales a su cargo, los sustrae, o consiente en que otra persona los sustraiga. La conducta sancionada por el artículo 233, por lo tanto, asume la forma de una sustracción dolosa de dichos efectos públicos. Ahora bien, dado que el eventual autor de peculado tiene ya la custodia de los efectos en cuestión, cabe descartar el recurso a la definición del concepto de sustracción que ofrece la doctrina y la jurisprudencia, a propósito del delito de hurto. Por el contrario, la conducta típica de apropiación en el delito de malversación "ha de identificarse con una mutación fáctica de la correspondiente pretensión de detentación. Es decir: "sustracción" significa mutación de custodia pública en custodia privada".[4]

Además de lo anterior, cabe señalar que, conforme a la opinión tradicional, la sustracción de los caudales públicos debe ser definitiva, pues este elemento permite precisamente distinguir el delito de peculado del ilícito contemplado en el artículo 235, a saber, la distracción indebida de caudales públicos.[5]

La penalidad del delito de peculado depende de la cuantía de lo sustraído, pudiendo llegar hasta presidio mayor en su grado medio. Esta sanción transforma al delito de malversación en uno de los ilícitos de mayor gravedad entre aquellos denominados como delitos

[3] RODRÍGUEZ (2010), p. 249.
[4] MAÑALICH (2012), p. 369.
[5] PIÑA (2012), pp. 148-149.

funcionarios. La elevada sanción del ilícito se justifica en atención a su carácter pluriofensivo, toda vez que, además de atentar en contra de los intereses del Estado, también constituye un ataque en contra de la función pública, al existir una infracción de los deberes de fidelidad del funcionario.[6]

Este último aspecto es crucial para entender la estructura del tipo penal, pues éste expresa un especial disvalor respecto de la infidelidad del funcionario público, que se plasma en la violación del deber jurídico de cuidado y custodia de los bienes "que tiene a su cargo", vulnerando la confianza en la correcta actuación administrativa. En efecto, el bien jurídico protegido por el delito de malversación no es exclusivamente el patrimonio del Estado, sino que también la probidad pública, puesto que el funcionario que efectúa la apropiación había sido precisamente encomendado a proteger los caudales públicos sustraídos.[7]

Para efectos de este informe, resulta incontrovertido que los gastos reservados otorgados a Carabineros de Chile constituyen caudales o efectos públicos en los términos del artículo 233. Asimismo, no está en discusión que la imputada se desempeñó como Subsecretaria de Carabineros entre el 01 de septiembre de 2006 y el 11 de marzo de 2010, cargo que, según lo dispuesto en el artículo 260, puede ser considerado como empleado público.[8]

Dicho lo anterior, corresponde ahora abordar las dos temáticas que constituyen el objeto de este informe, a saber: analizar los requisitos y las posibles modalidades que pueden adoptar la autoría y participación en el delito de malversación de caudales públicos; y abordar la aplicación de la prescripción de la acción penal al caso particular que funda esta investigación.

2. Autoría y participación en el delito de malversación de caudales públicos

2.1. El delito de malversación de caudales públicos como delito especial impropio

El delito de malversación de caudales públicos es un tipo penal especial, en cuanto exige que el autor cuente con determinadas cualidades. En concreto, el artículo 233 requiere que el autor del delito sea un funcionario público (primera circunstancia), y que tenga los caudales o efectos públicos a su cargo.[9] Esta situación ha llevado a algunos autores a afirmar que el delito en estudio tiene una cualidad especial doble.[10] Como consecuencia de lo anterior, si una persona no cuenta con alguna de estas dos cualidades, no será posible sancionarla a título de malversación. Así, por ejemplo, si un privado sustrae caudales públicos que, por alguna razón, se encontraban a su cargo, no cometerá el delito del artículo 233. Asimismo, si un funcionario público sustrae caudales públicos que no estaban a su cargo, tampoco podrá ser sancionado por el delito de malversación de caudales públicos.[11]

---

[6] VIDELA (2009), p. 80; BALMACEDA (2014), p. 105.
[7] Juan Ignacio Piña, "Informe en Derecho. Malversación de Gastos Reservados", pp. 4 y 5.
[8] Juan Ignacio Piña, "Informe en Derecho. Malversación de Gastos Reservados", pp. 7 a 12.
[9] Corte Suprema, rol 38490-2017, considerando sexto (sentencia de reemplazo); BALMACEDA (2014), p. 103.
[10] PIÑA (2012), p. 183.
[11] OSSANDÓN (2019), p. 126; BUNSTER (1948), p. 33; ACOSTA (1986), p. 427; Corte Suprema, rol 5733-2004, considerando sexto (sentencia de reemplazo).

Conforme a la opinión mayoritaria, los delitos especiales se distinguen entre delitos especiales propios e impropios. Los primeros son aquellos en que la condición especial exigida por la ley funda el injusto, no existiendo, por consiguiente, una figura residual aplicable a aquellas personas que ejecuten la conducta incriminada sin cumplir con el requisito especial. Este es el caso, por ejemplo, del delito de prevaricación, previsto y sancionado en el artículo 223. Por el contrario, los delitos especiales impropios son aquellos en que la calidad personal exigida por el respectivo tipo penal solamente produce el efecto de agravar el juicio de reproche, de modo tal que la conducta realizada por aquellas personas que no posean dicha calidad especial sigue siendo punible bajo otro título bajo una figura común.[12] Este es el caso, por ejemplo, del delito de parricidio, contemplado en el artículo 390. Sin perjuicio de que algunos autores han criticado el uso de la expresión "delito especial impropio",[13] la distinción ha sido consistentemente reconocida por la Corte Suprema.[14]

En el caso del delito de malversación de caudales públicos, la opinión mayoritaria señala que se trataría de un delito especial impropio.[15] En efecto, tal como ha reconocido la Corte Suprema, el resultado de remover de consideración la especial calidad exigida por el artículo 233 no es la absolución de quien ha sustraído los caudales públicos, sino que el reencuadre del hecho punible en un delito común contra la propiedad o el patrimonio, usualmente hurto o apropiación indebida, dependiendo de si el autor tenía o no los caudales públicos dentro de su esfera de custodia.[16]

Como hemos señalado, el delito del artículo 233 exige, por una parte, que el autor sea un funcionario público, y, por la otra, que tenga los caudales sustraídos "a su cargo". Dado que la condición de funcionario público de la imputada no está en discusión, corresponde ahora analizar si ella tenía o no "a su cargo" los caudales públicos denominados "gastos reservados".

La relación que debe existir entre el funcionario público y los caudales o efectos sustraídos ha sido objeto de un permanente debate,[17] discutiéndose si ha de exigirse una tenencia institucionalmente reconocida o si, en cambio, basta con una tenencia meramente coyuntural.[18] En primer lugar, cabe indicar que existe consenso en que las expresiones depósito, consignación y secuestro, utilizadas por el artículo 233, no han sido empleadas en el sentido técnico que el Código Civil les confiere, sino que, por el contrario, la lectura de dichos títulos ha de efectuarse en sentido amplio.[19]

[12] BALMACEDA (2012), p. 49.
[13] Sin perjuicio de que la expresión "delito especial impropio" ha sido criticada, se ha decidido mantenerla, por cuanto constituye una expresión tradicional utilizada por la jurisprudencia chilena. Para una opinión crítica, ver MAÑALICH (2012), p. 358.
[14] Corte Suprema, rol 3799-2013, considerando quinto.
[15] BALMACEDA (2012), p. 50.
[16] Corte Suprema, rol 3799-2013, considerando quinto.
[17] OSSANDÓN (2019), p. 115.
[18] Juan Ignacio Piña, "Informe en Derecho. Malversación de Gastos Reservados", p. 10.
[19] PIÑA (2012), p. 183; OSSANDÓN (2019), p. 116.

Despejado dicho obstáculo, cabe preguntarse cómo debe ser entendida la expresión "teniendo a su cargo". Variadas son las expresiones que ha utilizado la doctrina para definir la idea subyacente a esta expresión. En efecto, mientras algunas personas exigen solamente que los caudales públicos se encuentren al cuidado del funcionario, o que éste tenga la custodia de ellos, otros autores requieren que el funcionario haya recibido los caudales como depositario, para custodiarlos y restituirlos llegado el momento.[20]

Así, entonces, la expresión "teniendo a su cargo" se ha entendido por la doctrina como una relación especial de custodia derivada de la función pública, que haría las veces —en este delito— de la expresión "abusando de su oficio" u otras semejantes que se emplean en "otros delitos funcionarios, y que les confieren precisamente la calidad de tales[21]. Que los bienes hayan sido confiados al cuidado o a la procura del agente activo supone que éste tenga un poder sobre ellos, poder que no coincide con la posesión y el sujeto debe tener las cosas precisamente en razón de sus funciones, de modo que no son suficientes una relación adventicia, ocasional y mucho menos un vínculo ilegalmente establecido sobre ellas.[22]

Sin perjuicio de lo anterior, otra parte de la doctrina, recogida en algunos fallos de la Corte Suprema, sostiene que no es necesario que el empleado público tenga la tenencia de los caudales "en razón" de su cargo por alguna disposición legal o reglamentaria, sino que basta con que el funcionario tenga los caudales con ocasión de su cargo.[23]

En la sentencia del caso Riggs, rol 38490-2017, la Corte Suprema abordó explícitamente este requisito. Si bien en dicha sentencia la Corte Suprema sostuvo que no compartía la exigencia propuesta en doctrina, de que los bienes públicos estén vinculados al funcionario por una especial relación de custodia fundada en las respectivas disposiciones legales o reglamentarias, luego afirmó que dicho requisito no puede estar desprovisto de todo significado. Por el contrario, "el elemento normativo del tipo penal consistente en que los caudales o efectos públicos sustraídos estén a cargo del funcionario público, requiere que estén a su cuidado, disposición o responsabilidad".[24] Por consiguiente, es posible afirmar que, a pesar de que la Corte Suprema adscribe a una postura amplia, el elemento del tipo penal en estudio sí limita el círculo de sujetos activos, pues exige, al menos, que los efectos públicos estén bajo el cuidado o responsabilidad del funcionario público imputado. Así, por ejemplo, en su sentencia rol 735-2003, la Corte Suprema sostuvo que basta que una autoridad jerárquica superior haya encargado a un funcionario público de recibir y entregar dineros a quien corresponda para que, si no lo hace, incurra en la figura delictual señalada en el artículo

[20] Un resumen de las distintas posturas puede encontrarse en MORALES (2008), pp. 61 y siguientes.
[21] ETCHEBERRY (1998a), p. 238. De hecho, el autor agrega que "si el empleado público sustrae fondos que no están a su cargo o que lo están, pero no en razón de sus funciones, sino por un encargo temporal o accidental, o simplemente de hecho, cometerá una apropiación indebida, o un hurto, simple o calificado por abusos de confianza, pero no esta figura delictiva".
[22] GUZMÁN DÁLBORA (2005), pp. 222 y siguientes.
[23] Corte Suprema, rol 735-2003, considerando noveno. En términos similares, rol 5733-2004, Considerando Sexto (sentencia de reemplazo), cuando la Corte Suprema señala que no resulta acreditado que el imputado haya cumplido "funciones de guardador, preceptor, recaudador y administrador de los dineros que se giraron a ese contratista".
[24] Corte Suprema, rol 38490-2017, considerando octavo (sentencia de reemplazo).

233.[25] Pues bien, si dicho encargo no hubiese existido, el funcionario público no se hubiese encontrado a cargo de los caudales públicos que posteriormente sustrajo, circunstancia que habría impedido tener por configurado el delito del artículo 233.

Considerando lo expuesto en los párrafos precedentes, la pregunta a resolver es la siguiente: ¿estaban los caudales públicos de gastos reservados bajo el cuidado o la responsabilidad de la imputada, como exigió la Corte Suprema en la sentencia rol 38490-2017? La respuesta es negativa.

En su informe, el profesor Piña reconoce que, si bien existen buenas razones para preferir una interpretación restrictiva de la expresión "teniendo a su cargo", la discusión sería relativamente irrelevante para efectos de su informe, "toda vez que los caudales en cuestión han sido asignados por ley y con unas ciertas condiciones especiales reglamentariamente establecidas".[26] Lo anterior puede resultar correcto en relación a los funcionarios de Carabineros de Chile imputados en esta causa, a cuya responsabilidad penal el profesor Piña claramente se refiere, mas no ocurre lo mismo en relación a la eventual responsabilidad de la imputada. En efecto, está fuera de discusión que los caudales públicos supuestamente sustraídos, a saber, gastos reservados asignados a la institución de Carabineros de Chile, estaban en poder de distintos funcionarios policiales, en cuentas corrientes institucionales, que ellos custodiaban directamente. En su informe, el profesor Piña señala: "Así, desde el General Director (…) hasta los funcionarios encargados de su ejecución, pasando por aquellos funcionarios intermedios encargados de la repartición efectiva de dichos recursos a las unidades asignadas, se construye la cadena de gestión de gastos reservados. Y todos los funcionarios que participan institucionalmente de esa cadena de gestión (…) tienen posición de garante respecto de ellos o, lo que es lo mismo, tienen los caudales públicos a su cargo". De la anterior cita se desprende nítidamente que, en opinión del profesor Piña, solamente aquellos funcionarios de Carabineros de Chile que participaron en la cadena de gestión de gastos reservados pueden ser considerados autores en los términos del artículo 233, pues sólo ellos "tenían los caudales a su cargo". Por el contrario, aquellas "unidades asignadas" que supuestamente recibieron los gastos reservados no tenían los caudales públicos a su cargo.

La imputada, en su calidad de Subsecretaria de Carabineros, pertenecía a otra institución, la cual no tenía participación en el manejo de los gastos reservados asignados a Carabineros de Chile. A mayor abundamiento, cabe hacer presente que, conforme a lo que disponía la legislación de la época, la Subsecretaria de Carabineros no tenía dentro de sus atribuciones ejecutar, custodiar, disponer o fiscalizar la ejecución del presupuesto de Carabineros de Chile, ya que la ejecución del presupuesto correspondía exclusiva y directamente a Carabineros de Chile. Por consiguiente, resulta prístino que la imputada no tenía los caudales públicos "a su cargo", pues, una vez más, estos no estaban a "su cuidado, disposición o responsabilidad", expresiones que utilizó la Corte Suprema en su sentencia rol 38490-2017.[27]

Por todo lo dicho anteriormente, se debe descartar que la imputada pueda ser responsable del delito de malversación de caudales públicos, previsto y sancionado en el artículo 233 del

[25] Corte Suprema, rol 5733-2004, considerando décimo.
[26] Juan Ignacio Piña, "Informe en Derecho. Malversación de Gastos Reservados", p. 10.
[27] Corte Suprema, rol 38490-2017, Considerando Octavo (sentencia de reemplazo).

Código Penal, a título de autor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo legal, como propone el Ministerio Público en su solicitud de audiencia de formalización.

2.2. Participación en el delito de malversación de caudales públicos

A pesar de que la conducta de la imputada no puede ser calificada a título de autor, según lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código penal, la acusación podría argumentar que la conducta de la imputada podría sancionarse bajo otro título del mismo artículo.

En concreto, el Ministerio Público podría alegar que la imputada ha actuado como inductora del delito de malversación de caudales públicos cometido por algún funcionario de Carabineros de Chile, quien sí tenía los caudales públicos sustraídos a su cargo, o que la conducta de la imputada configura la hipótesis del artículo 15 N° 3, al haber facilitado los medios con que se llevó a cabo el delito de malversación, concertada previamente con el respectivo autor. En nuestra opinión, tales hipótesis debiesen descartarse, por las razones que se revisarán a continuación.

2.2.1. Participación de extraneus en delitos especiales impropios

En primer lugar, la posibilidad de sancionar a la imputada por el delito de malversación de caudales públicos a título de inductor, coautor o cómplice debiese descartarse por la misma razón en virtud de la cual no resulta posible sancionarla a título de autor: el no cumplimiento de la condición especial exigida por el tipo penal.

En la audiencia de formalización de la investigación en el presente caso, el Ministerio Público defendió la tesis de la comunicabilidad absoluta de los elementos del tipo penal, incluso en el caso de delitos especiales impropios. Para ello, el Ministerio Público citó la opinión de los profesores Novoa y Garrido, conforme a la cual, en el caso de delitos especiales impropios, todos los intervinientes deben responder por el delito especial, sin importar que poseyeren o no la calidad especial exigida por la ley.[28]

Lo que el Ministerio Público no señala, sin embargo, es que la tesis de los profesores Novoa y Garrido no es compartida por la opinión de la doctrina mayoritaria. En efecto, actualmente, la opinión mayoritaria defiende la tesis de la comunicabilidad relativa o limitada, conforme a la cual, en el caso de los delitos especiales impropios, como lo es el de malversación de caudales públicos, aquellas personas que ejecuten la conducta prohibida sin poseer la calidad especial exigida por el respectivo tipo penal no deben ser sancionadas por el delito especial impropio, sino que corresponder sancionarlas, si así fuere el caso, por el tipo penal común que corresponda. En este sentido se han pronunciado Cury,[29] Etcheberry,[30] Náquira,[31]

[28] NOVOA (2005), pp. 248 y siguientes; GARRIDO MONTT (2007), pp. 332 y siguientes.
[29] CURY (2011), pp. 646 y siguientes.
[30] ETCHEBERRY (1998b), pp. 81 y siguientes.
[31] NÁQUIRA (2017), p. 272.

Grisolía,[32] Rodríguez y Ossandón,[33] Guzmán,[34] y Van Weezel,[35] entre otros. Matus y Ramírez también reconocen que esta postura es actualmente mayoritaria, tanto en doctrina como en jurisprudencia.[36] En un caso de malversación, el tipo penal común será generalmente un delito de hurto o de apropiación indebida.

¿Qué ha señalado la jurisprudencia al respecto? En la audiencia de formalización, el Ministerio Público citó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 56136-1999, de fecha 16 de octubre de 2003, en la cual efectivamente el tribunal acogió la tesis de la comunicabilidad absoluta. Asimismo, el Ministerio Público citó la opinión de Hernández, quien, en un comentario publicado el año 2011, sostuvo que la tesis de la comunicabilidad absoluta era mayoritaria en la jurisprudencia nacional.

El problema con la postura del Ministerio Público es que éste cita antecedentes antiguos, que no representan el actual estado de la jurisprudencia. Basta considerar que la sentencia citada por el ente persecutor es del año 2003, y la opinión de Hernández es del año 2011. Pues bien, la Corte Suprema, en su sentencia rol 3799-2013, de fecha 30 de septiembre de 2013, adscribió explícitamente a la tesis de la comunicabilidad limitada. En dicha oportunidad, la Corte Suprema sostuvo: "Así las cosas, la cualidad personal del sujeto activo en el delito de peculado, no funda el injusto de la sustracción, sino sólo lo incrementa, de manera que separada hipotéticamente dicha cualidad de los hechos fijados en el fallo, es posible aún subsumir y castigar la conducta en otro tipo de carácter general, en el presente caso, en el delito común de hurto del artículo 446 N° 2 del Código Penal".[37] Resulta fundamental destacar que, en su sentencia, la Corte Suprema se encarga de citar jurisprudencia pasada (rol 2321-2007 y 4507-2007), evidenciando así que ésta constituye su postura actual.

Misma postura ha adoptado recientemente la Corte de Apelaciones de Santiago, en su sentencia rol 4691-2020, de fecha 20 de octubre de 2020, en que rechazó los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado en contra de la sentencia definitiva dictada por el 8° Juzgado de Garantía de Santiago. En este caso, el imputado se desempeñaba como funcionario público de CENABAST, mientras que la imputada trabajaba como contadora en una agencia de aduanas. Ambas personas, concertados previamente, con la intención de defraudar al Fisco, incorporaron facturas falsas a la contabilidad de CENABAST por servicios inexistentes, las cuales fueron pagadas por este organismo público. En audiencia de procedimiento abreviado, el Ministerio Público acusó a ambos imputados por el delito de fraude al fisco. El 8° Juzgado de Garantía de Santiago descartó condenar a Gatica por el delito citado, condenándola, en definitiva, por el delito de fraude de subvenciones, del artículo 470 N° 8. La razón para absolver a Gatica del delito de fraude al fisco fue que este delito exige que el sujeto activo sea un funcionario público,

[32] GRISOLÍA (1975), pp. 23 y siguientes.
[33] RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2005), p. 135.
[34] GUZMÁN DÁLBORA (2008), pp. 393 y siguientes.
[35] VAN WEEZEL (2007), p. 115.
[36] MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 503.
[37] Corte Suprema, rol 3799-2013, considerando quinto. Resulta fundamental destacar que, en su sentencia, la Corte Suprema se encarga de citar jurisprudencia pasada (rol 2321-2007 y 4507-2007), evidenciando así que ésta constituye su postura actual.

condición que Gatica no reunía, sin importar que hubiese tomado parte en la ejecución del hecho de manera inmediata y directa.[38]

La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo los recursos interpuestos por el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado, decidió confirmar la sentencia apelada, argumentando que el delito de fraude al fisco "es de los denominados por la doctrina como delitos especiales impropios, esto es, aquellos que pueden ser cometidos por cualquier sujeto, pero en los cuales la calidad especial del partícipe (intraneus) agrava la penalidad, existiendo un tipo residual aplicable a los que no posean dicha cualidad, (extraneus)".[39] A continuación, la Corte de Apelaciones agregó: "Que justamente por revestir el delito antes mencionado la calidad indicada en el motivo anterior, en que existe un tipo penal especial para sancionar a los partícipes que no revisten la cualidad de funcionarios públicos, (cuyo es el caso de los apelados), cual es la figura contemplada en el artículo 470 N° 8 del Código Penal, debe precisamente aplicárseles y sancionárseles de acuerdo a ella, por cuanto dicha cualidad especial no se comunica al extraneus, quien debe responder, como ya se dijo, por el tipo residual que fuere aplicable".[40]

En conclusión, existe en la actualidad un cierto consenso en que los delitos especiales impropios solamente pueden ser cometidos por aquellas personas que reúnan la condición especial exigida por el respectivo tipo penal. Por el contrario, las personas que no ostenten dicha calidad deberán ser sancionadas por el tipo penal común que corresponda.

Como consecuencia de lo anterior, en el presente caso no resulta posible sancionar a la imputada a título de inductor, coautor o cómplice, del eventual delito de malversación de caudales públicos cometido por funcionarios de Carabineros de Chile.

2.2.2. A pesar de lo expuesto anteriormente, ¿sería posible sostener, de todas maneras, que la conducta de la imputada configura una hipótesis de inducción o coautoría?

Ignoremos por un momento todo lo dicho anteriormente, e imaginemos que la postura actualmente mayoritaria en Chile acepta que una persona extraneus pueda ser sancionada por un delito especial impropio. Pues bien, en dicho caso, siguiendo el hipotético razonamiento del Ministerio Público, todavía quedaría por resolver si la conducta de la imputada podría haber configurado, efectivamente, una hipótesis de inducción o de coautoría.

La inducción consiste en formar en otra persona, de manera directa, la decisión de cometer un delito.[41] Así, el inductor es quien crea en otro la resolución de ejecutar un delito mediante la persuasión, convenciéndolo de actuar ilícitamente, sin llegar a emplear, por cierto, intimidación, engaño o prevalimiento.[42] La inducción, para ser considerada como tal, debe

[38] 8° Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 1116–2017, considerando séptimo.
[39] Corte de Apelaciones de Santiago, rol 4691-2020, considerando tercero.
[40] Corte de Apelaciones de Santiago, rol 4691-2020, considerando cuarto.
[41] HERNÁNDEZ (2011), p. 408.
[42] MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 529.

ser directa, determinada, positiva, eficaz, y recaer sobre un sujeto con la libertad suficiente como para decidir si ejecutará o no el delito.[43]

Sobre la base de lo expuesto por el Consejo de Defensa del Estado en su querella, y por el Ministerio Público en la audiencia de formalización, corresponde descartar que la imputada haya formado en el algún funcionario de Carabineros de Chile la decisión de ejecutar un delito de malversación de caudales públicos. En efecto, no existe ningún antecedente que dé cuenta de ello, sino que, por el contrario, todo pareciera indicar que la supuesta distribución ilícita de gastos reservados habría sido una práctica al interior de la institución policial, cuyo origen se desconoce. Asimismo, la parte querellante reconoce que la Subsecretaría de Carabineros era una de las tantas instituciones o reparticiones que los funcionarios policiales incorporaron en estos supuestos listados de distribución ilícita de gastos reservados.

Ahora, respecto a la posibilidad de que la conducta de la imputada pueda configurar una hipótesis de coautoría del artículo 15 N° 3, ésta también debe ser descartada. El artículo 15 N° 3 sanciona a quienes, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se comete el delito. De conformidad con lo anterior, para apreciar este tipo de coautoría se requieren tres elementos: a) Un concierto previo entre los distintos intervinientes; b) Que la persona contribuya a la realización del hecho delictivo, facilitando los medios con que éste se comete; y c) Que el medio facilitado sea efectivamente empleado en la ejecución del delito concertado.[44]

Con relación al primer requisito, corresponde señalar que no existe ningún antecedente que dé cuenta de un concierto previo entre algún funcionario de Carabineros de Chile y la imputada. Por el contrario, incluso existiría un antecedente que precisamente niega la existencia de dicho acuerdo, a saber, la declaración de Fernando Pérez Barría, de fecha 1 de marzo de 2019, oportunidad en que el imputado señaló que a todos los subsecretarios de Carabineros se les asignaron gastos reservados, incluyendo a la imputada, asignación que se interrumpió supuestamente cuando asumió la Subsecretaria Carol Brown, "momento en que el General Iván Whipple me dice que no se les asignarían gastos reservados porque la subsecretaria era muy nuevita y se podía asustar, además venía cambio de gobierno y no se sabía cómo iban a andar las cosas en este sentido".[45] Esta declaración también está citada en la querella del Consejo de Defensa del Estado.[46]

De esta manera, aparentemente habrían sido los propios funcionarios de Carabineros de Chile quienes decidían autónomamente las reparticiones a las cuales se les distribuirían gastos reservados, discutiendo entre ellos la conveniencia o no de efectuar tal repartición, dinámica incompatible con un supuesto concierto previo. En efecto, los funcionarios de Carabineros de Chile decidían unilateralmente asignar gastos reservados, o suspender dicha asignación.

No obstante lo anterior, en este caso tampoco se cumpliría el segundo y el tercer elemento de la coautoría, toda vez que, según lo expuesto por la parte querellante, no existe ningún

[43] HERNÁNDEZ (2011), pp. 409-412; MATUS y RAMÍREZ (2021), pp. 529-531.
[44] MATUS y RAMÍREZ (2021), pp. 525-526.
[45] Declaración de Fernando Pérez Barría, de fecha 01 de marzo de 2019, p. 6.
[46] Querella interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado, pp. 29 y 30.

antecedente que dé cuenta de una contribución a la realización del hecho por parte de la imputada. Quizás precisamente por esta razón ni el Ministerio Publico ni la parte querellante explicitan los hechos claros precisos y concretos en los cuales se fundaría el supuesto concierto previo, o las circunstancias que justificarían una supuesta contribución, por parte de la imputada, a la ejecución del delito de malversación de caudales públicos cometido por funcionarios de Carabineros de Chile. De hecho, la parte querellante funda la responsabilidad penal de la imputada en el solo hecho de que ella habría recibido dineros provenientes de gastos reservados, afirmando simplemente que "los querellados que recibieron los fondos públicos SIN tener título alguno para su recepción, participan igualmente en su sustracción, siendo EVIDENTE que NO estar dentro de aquellos legitimados para recibirlos, claramente NO pudieron -de modo alguno- destinar los mismos a la clara destinación legal dispuesta" (sic).[47] Pues bien, un eventual aprovechamiento de los efectos del delito no es suficiente para configurar una hipótesis de coautoría.

Existe un argumento adicional para descartar la responsabilidad penal de la imputada a título de coautor o cómplice. Como se señaló anteriormente, un requisito esencial de la coautoría, así como de la complicidad, es que la persona imputada contribuya a la ejecución del hecho típico antes de que la conducta típica se haya ejecutado completamente.[48] Simplemente no es posible ser coautor o cómplice de un delito ya ejecutado.

El momento en que se realiza la contribución constituye uno de los elementos que permite diferenciar la coautoría y la complicidad, por un lado, del encubrimiento, por el otro. En efecto, la característica fundamental del encubrimiento, hipótesis delictiva establecida en el artículo 17, es que la contribución se realiza después de que el autor ha ejecutado la conducta típica.[49] Lo anterior nos obliga a dilucidar cuándo se entiende que la conducta típica del delito de malversación de caudales públicos ha sido ejecutada.

A este respecto, el artículo 233 es claro: La conducta típica del delito de malversación se entiende ya ejecutada cuando el funcionario público a cargo de los caudales se ha apropiado de estos. Como se señaló anteriormente, la conducta de apropiación en el delito de malversación "ha de identificarse con una mutación fáctica de la correspondiente pretensión de detentación. Es decir: "sustracción" significa mutación de custodia pública en custodia privada".[50] Dado que en estos casos los caudales públicos ya se encuentran dentro de la esfera de custodia del hechor (al igual que en el delito de apropiación indebida), éste no necesita trasladarlos desde la esfera de resguardo de otra persona.

Ahora bien, si el delito de malversación se consuma cuando la conducta de apropiación del funcionario público a cargo de los caudales genera una mutación de la esfera de custodia pública en una esfera privada, cabe concluir que cualquier intervención con posterioridad a dicho momento no puede ser calificada como coautoría o complicidad. Pues bien, en el presente caso el delito de malversación ya se encontraba consumado cuando la parte

[47] Querella interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado, pp. 52 y 53.
[48] Corte de Apelaciones de Santiago, rol 5856-2018, considerando octavo; Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 121-2010, considerando tercero.
[49] MATUS y RAMÍREZ (2021), pp. 536-537.
[50] MAÑALICH (2012), p. 369.

querellante invoca el nombre de la imputada. En efecto, resulta prístino que, cuando los funcionarios policiales retiraron los caudales públicos desde las cuentas corrientes institucionales, y los colocaron en sobres cerrados, la esfera de custodia no era ya pública, sino que se había producido ya una mutación de ésta en una esfera de custodia privada. Afirmar lo contrario significaría que el Estado tenía un real control sobre el dinero en efectivo que el funcionario policial había retirado e introducido en un sobre cerrado, lo cual, en nuestra opinión, no parece razonable.

A fin de ejemplificar lo anterior, resulta pertinente citar la sentencia RIT 636-2018, del 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. Los hechos acreditados en este caso fueron los siguientes: "el día 10 de agosto de 2016, alrededor de las 16:30 horas, Manuel Emilio Torres Cabrera, en el ejercicio de sus funciones como miembro de la Policía de Investigaciones de Chile y perteneciente al grupo MT-0 de la Brigada de Investigación Criminal de Santiago, mientras se encontraba cumpliendo una orden de entrada y registro en una causa seguida por el delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga, ingresó al inmueble ubicado en calle Coquimbo N° 1497, en la comuna de Santiago, y tomó $462.000 en dinero efectivo, que se encontraban en una bolsa. Después del procedimiento, dividió dicho dinero en tres montos, dejándose $135.000 para él y le pasó $165.000 al funcionario de la Policía de Investigaciones Rodrigo Quezada Suazo y $162.000 a la funcionaria de la Policía de Investigaciones Francisca Carolina Morales Portuguez, ambos integrantes de su grupo MT0, quienes conocían su procedencia, pues también participaron del procedimiento y se guardaron el dinero".[51] Tras ser descubiertos, los tres imputados restituyeron el dinero sustraído.[52]

El Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado acusaron a los tres imputados por el delito de malversación de caudales públicos, en grado de desarrollo consumado, atribuyendo a los acusados participación como autores ejecutores del artículo 15 N°1 del Código Penal.

En su sentencia, el 4° Tribunal Oral en lo Penal condenó a Torres Cabrera como autor ejecutor del delito de distracción indebida de caudales públicos, previsto y sancionado en el artículo 235, considerando que el imputado había restituido los caudales sustraídos. Lo relevante de esta sentencia para efectos del presente informe, es que el Tribunal Oral en lo Penal condenó a Quezada Suazo y a Morales Portuguez como encubridores del delito cometido por Torres Cabrera, y no como autores. Para ello, el Tribunal argumentó que había sido Torres Cabrera quien ejecutó la conducta típica, apropiándose de los caudales públicos en el momento en que había tomado el dinero. Por el contrario, los acusados Morales Portuguez y Quezada Suazo no habían participado en el allanamiento al inmueble desde donde Torres Cabrera se apropió del dinero, sino que lo habían recibido minutos más tarde, aprovechándose, de esta manera, de los efectos del delito, por lo que su conducta configura la hipótesis de encubrimiento del artículo 17 N° 1 del Código Penal.[53] Ni el Ministerio Público ni el Consejo de Defensa del Estado interpusieron recursos de nulidad en contra de la sentencia del tribunal.

[51] 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 636-2018, considerando noveno.
[52] 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 636-2018, considerando undécimo.
[53] 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 636-2018, considerando decimotercero.

Como se puede apreciar, el 4° Tribunal Oral en lo Penal acogió precisamente el razonamiento que ha sido expuesto en este informe. En efecto, el Tribunal reconoce que la sustracción de los caudales públicos se produce en el momento en que el funcionario los incorpora en su esfera de custodia particular, apropiándose de ellos, instante en el cual el delito se consuma. Dicho de otra manera, en este tipo penal la consumación se produce en el momento en que los caudales son apartados de su destino o finalidad pública, esto es, desde que, a consecuencia del acto de sustracción, se produce la desafectación de los efectos de la finalidad a cuyo cumplimiento estaban destinados. En el caso *sub iudice*, si los hechos imputados por el Ministerio Público fuesen efectivos, lo cierto es que la desafectación de tales caudales se produce con antelación a cualquier posible recepción de estos por parte de la imputada.

En conclusión, aquellas personas que intervienen con posterioridad al momento en el cual se ha producido la desafección de los caudales públicos, no pueden ser consideradas autores ni cómplices, sino que, a lo sumo, encubridores.

Ahora bien, ¿podría la imputada ser responsable penalmente a título de encubridor, bajo la figura de aprovechamiento real, contemplada en el artículo 17 N° 1? Si bien es cuestionable que la conducta de la imputada cumpla con los requisitos establecidos en dicha norma legal, sobre todo con las exigencias subjetivas, la discusión no es relevante para efectos de la resolución del caso, por cuanto su eventual responsabilidad penal a título de encubridor se encontraría absolutamente prescrita, toda vez que, de conformidad con el artículo 52, a los encubridores corresponde la pena inferior en dos grados a la señalada por la ley para el respectivo crimen o simple delito.

3. Prescripción de la acción penal

Si todos los argumentos anteriormente fueran rechazados, y en el evento de que las supuestas conductas atribuidas a la imputada fueran acreditadas en la respectiva investigación, todavía quedaría pendiente abordar, como mecanismo de clausura, la aplicación de la prescripción de la acción penal al caso particular.

El artículo 93 Nº 6 establece la prescripción como causal de extinción de acción penal, que consiste en la cesación de la pretensión punitiva del Estado por el transcurso del tiempo, sin que el delito haya sido perseguido, siempre que durante ese lapso no se cometa por el responsable un nuevo crimen o simple delito.[54] Conforme al art. 94 CP, la acción penal prescribe: i) respecto de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en quince años; ii) respecto de los demás crímenes, en diez años; iii) respecto de los simples delitos, en cinco años; y iv) respecto de las faltas, en seis meses. Para establecer ese tiempo, la doctrina mayoritaria estima que debe estarse a la pena prevista en abstracto por la ley.[55]

Ahora bien, ¿cuál es el plazo de prescripción aplicable en el presente caso, con relación a la imputada, y cómo se computaría? El razonamiento del Ministerio Público, expuesto en la

[54] MATUS y RAMÍREZ (2021), pp. 707-708.
[55] MERA (2011), pp. 724-725; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 710.

audiencia de formalización de la investigación, de 5 de octubre de 2021, puede resumirse en los siguientes términos: En opinión de la acusación, el plazo de prescripción aplicable sería de 10 años. En efecto, el Ministerio Público ha señalado que la conducta de la imputada configura el delito del artículo 233 N° 3, en grado de ejecución consumado, a título de autor, todo lo cual arroja como resultado una pena de crimen. Este plazo de 10 años se contaría desde la fecha en que la imputada supuestamente recibió por última vez dineros de gastos reservados. Esto habría ocurrido en marzo de 2010, mes en que la imputada presentó su renuncia como Subsecretaria de Carabineros. Por consiguiente, la acción penal habría prescrito en marzo de 2020. Sin embargo, dado que la imputada fue citada a declarar en dicha calidad con fecha 26 de febrero de 2020, la prescripción de la acción penal se habría suspendido en dicho momento, de conformidad con el artículo 96, segunda parte, del Código Penal. En opinión de la acusación, el plazo de prescripción se contaría entonces desde marzo de 2010, por aplicación de la regla sobre interrupción de la prescripción, contemplada en el artículo 96, primera parte, del mismo cuerpo legal. Solamente siguiendo este razonamiento se podría justificar la persecución penal en contra de la imputada, pues, de lo contrario, su eventual responsabilidad se encontraría extinguida.

El anterior razonamiento podría discutirse desde tres puntos de vista. Primero, podría cuestionarse el momento en que, en opinión del Ministerio Público, ha operado la suspensión de la prescripción. En efecto, podría argumentarse que el legislador ha concretizado la regla del artículo 96 del Código Penal en el artículo 233 del Código Procesal Penal, el cual dispone que la formalización de la investigación tiene como consecuencia la suspensión de la prescripción.[56] Ahora bien, dado que la efectiva celebración de la audiencia de formalización puede depender de factores ajenos al ente persecutor, podría efectuarse una interpretación extensiva de la regla contenida en el artículo 233 del Código Procesal Penal, entendiendo que la suspensión de la prescripción opera ya con la presentación de la solicitud de audiencia de formalización. Sin embargo, en el presente caso, el Ministerio Público presentó su solicitud con fecha 19 de agosto de 2021, cuando el plazo de 10 años ya había vencido.

Además, podría también discutirse la aplicación de la norma sobre interrupción de la prescripción. De conformidad con el artículo 96, la prescripción de la acción penal se interrumpe, perdiéndose el tiempo trascurrido, cuando la persona interesada comete un nuevo crimen o simple delito, circunstancia que, obviamente, debe ser declarada por una sentencia firme y ejecutoriada.[57] Ahora bien, ¿dentro de qué plazo debe declararse la comisión del nuevo crimen o simple delito? Un sector de la doctrina postula que el establecimiento judicial del nuevo delito (de aquél que interrumpe la prescripción de un delito anterior) se verifique en el mismo proceso en que se declara la existencia del delito cuyo cómputo de prescripción se interrumpe (del delito previamente cometido). Lo anterior es problemático, por cuanto significa aceptar, en la práctica, una suerte de imprescriptibilidad, al no sujetar a límite temporal alguno la institución de la interrupción de la prescripción. Así, por ejemplo, bastaría con que una persona ejecute un simple delito cada cuatro años y once meses, durante un período de veinte años, para que todos los delitos de esa secuencia, incluido el primero de

[56] En este sentido, MERA (2011b), pp. 727-728.
[57] MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 712.

ellos, ejecutado dos décadas atrás, sea objeto de condena en el mismo proceso que las infracciones que sucesivamente han interrumpido una y otra vez la prescripción.[58]

La indeterminación procesal que produce esta interpretación hace preferible una aproximación distinta, que exija que el plazo de prescripción asociado a un delito se erija como el término máximo durante el cual debe establecerse judicialmente la existencia del nuevo delito, el cual tiene como efecto la interrupción del delito antecesor.[59]

La consecuencia de aplicar esta segunda interpretación al caso concreto no es en absoluto baladí, por cuanto ello significaría que la acción penal respecto de todos aquellos hechos cometidos con anterioridad al 26 de febrero de 2010 se encontraría prescrita, por haber transcurrido más de 10 años sin que una sentencia judicial declarase la comisión de un nuevo crimen o simple delito.

Finalmente, existe un tercer punto de vista desde el cual podría criticarse el razonamiento del Ministerio Público. La fundamental importancia de esta tercera crítica se debe a que su rendimiento no depende, en absoluto, de la aplicación de las normas de suspensión e interrupción de la prescripción.

Esta tercera crítica se construye sobre un defecto fundamental del razonamiento de la acusación, a saber, la errónea forma en que el Ministerio Público procede a calificar jurídicamente la conducta de la imputada. En la audiencia de formalización de la investigación, el Ministerio Público sostuvo que la imputada, entre enero de 2007 a febrero de 2010, recibió y se apropió de fondos públicos proveniente de gastos reservados por un total de $42.138.000. La supuesta apropiación de dichos montos se realizaba mensualmente, por un monto aproximado de $1.090.000. A continuación, el Ministerio Público señaló que los montos apropiados, por año presupuestario, ascendían a $13.080.000, el 2007; $13.404.000, el 2008, $13.404.000, el 2009, y $2.250.000, el 2010.

En nuestra opinión, si las conductas atribuidas a la imputada pudiesen ser calificadas como malversación de caudales públicos (cuestión que, como ya se advirtió, no nos parece posible), se trataría, con todo, de múltiples delitos de malversación del artículo 233 N° 2, y no del N° 3, separados material y jurídicamente los unos de los otros. Estos múltiples delitos de malversación del artículo 233 N° 2 se encontrarían en una relación de concurso real, conforme a lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.

En efecto, las conductas imputadas no configuran 4 delitos de malversación de caudales públicos del artículo 233 N° 3, como postula el Ministerio Público, sino que configuran 38 delitos de malversación de caudales públicos del artículo 233 N° 2, habiéndose cometido un delito por mes, entre septiembre de 2007, y marzo de 2010. Lo anterior por cuanto, de acuerdo con la información disponible en el Servicio de Impuestos Internos, el valor de la UTM a marzo de 2010 era de $36.752. Ahora bien, el artículo 233 N° 2 se aplica cuando el valor de lo sustraído excede de 4 UTM, pero no de 40, suma que, considerando el valor de la UTM a marzo de 2010, equivale a $1.470.080.

[58] El ejemplo lo plantea BESIO (2015), p. 593.
[59] BESIO (2015), p. 593. En términos similares, MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 712.

Como se puede apreciar, cada vez que supuestamente la imputada habría recibido dineros de gastos reservados, su conducta habría configurado el delito de malversación del N° 2, y no del N° 3. Lo anterior es relevante, por cuanto el N° 2 tiene asignada una pena de simple delito, por lo que todos los delitos de malversación habrían prescrito en marzo de 2015.

A fin de rechazar la prescripción de la acción penal, la estrategia del Ministerio Público consiste en sumar los distintos importes supuestamente sustraídos por año presupuestario, argumentando, en consecuencia, que la imputada ha cometido cuatro delitos de malversación de caudales públicos del artículo 233 N° 3. Sin embargo, esto es jurídicamente insostenible, por las siguientes razones.

Primero, porque la decisión de considerar distintas apropiaciones cometidas en un mismo año presupuestario, a fin de que las conductas imputadas califiquen el supuesto más grave de malversación de caudales públicos, es completamente arbitraria, pues carece de todo sustento normativo.

El siguiente ejemplo permite apreciar la insostenibilidad de la tesis del Ministerio Público: Imagínese que una persona sustrae, en febrero de 2010, caudales públicos a su cargo por suma de $5.000.000. Posteriormente, en junio del mismo año, esta persona procede a sustraer nuevamente caudales públicos a su cargo por la suma de $5.000.000. Finalmente, la misma persona sustrae, en agosto de ese año, caudales públicos a su cargo por la suma de $5.000.000. Si la tesis del Ministerio Público fuese correcta, el ente persecutor estaría obligado a calificar estas tres sustracciones como un solo delito de malversación de caudales públicos, del artículo 233 N° 3, no siendo posible apreciar un concurso real de delitos, pues el imputado habría cometido solamente un hecho punible. En este caso, entonces, no sería posible aplicar el artículo 74, o 351 del Código Procesal Penal. Además, no habiéndose superado las 400 UTM, tampoco correspondería aplicar el artículo 238. Pareciera obvio que, en un caso semejante, el Ministerio Público no calificaría las tres sustracciones como un solo delito, a pesar de haberse cometido el mismo año presupuestario, sino que, por el contrario, calificaría cada sustracción como un delito independiente. Esto demuestra que la tesis expuesta por el ente persecutor en el presente caso ha tenido como única finalidad evitar que el tribunal aplique correctamente la regla sobre prescripción de la acción penal.

Además de lo anterior, la tesis del Ministerio Público hace caso omiso de que existen ciertas situaciones en que el legislador ha expresamente regulado, de manera distinta, el fenómeno de la reiteración, hipótesis que, ciertamente, no comprenden el caso del artículo 233. Así, por ejemplo, el artículo 97, N° 10, inciso tercero, del Código Tributario, dispone: “La reiteración de las infracciones señaladas en el inciso primero se sancionará además con presidio o relegación menor en su grado máximo. Para estos efectos se entenderá que hay reiteración cuando se cometan dos o más infracciones entre las cuales no medie un período superior a tres años. En términos similares, el artículo 112, inciso segundo, del Código Tributario, señala que, sin perjuicio de lo dispuesto en el N° 10 del artículo 97, en los demás casos de infracciones a las leyes tributarias, sancionadas con pena corporal, “se entenderá que existe reiteración cuando se incurra en cualquiera de ellas en más de un ejercicio comercial anual”.

Como se puede apreciar, la tesis del Ministerio Público sería posible si existiese alguna norma en el Código Penal como las que se acaban de transcribir. Sin embargo, ello no es así, circunstancia que demuestra que la forma en que el Ministerio Público ha calificado las conductas imputadas, considerando el año presupuestario, y no cada conducta de manera separada, es jurídicamente errónea e improcedente.

Segundo, porque la tesis que sostuvo el Ministerio Publico en la audiencia de formalización olvida que la acumulación pretendida resulta posible solamente si es en beneficio del imputado, y no para fundar su responsabilidad penal, como pretende sostener la Fiscalía. En efecto, la regla general de determinación de pena es aquella contenida en el artículo 74 de Código Penal, que ordena considerar cada hecho delictivo de manera independiente, imponiendo cada pena de manera separada. Dicha regla puede ceder ante otras normas de determinación penológica, tales como aquellas contenidas en los artículos 75 y 451 del Código Penal, o 351 del Código Procesal Penal. Sin embargo, existe acuerdo que esto solamente puede tener lugar cuando la aplicación de estas normas excepcionales es más beneficiosa para el reo,[60] tal como, por lo demás, lo dispone el inciso tercero del artículo 351. Como consecuencia, el imputado tendría un verdadero derecho a demandar la consideración separada de cada hecho punible, oponiéndose a cualquier sistema de unificación, reclamando, en definitiva, la aplicación del artículo 74 del Código penal.

Tercero, porque dicho razonamiento olvida, además, que la reiteración delictiva no constituye una hipótesis de unidad jurídica de comportamiento, en tanto su presupuesto base es precisamente una pluralidad de delitos fáctica y normativamente independientes, esto es, una pluralidad de delitos autónomos.[61] El régimen de acumulación jurídica, establecido en el artículo 351 de Código Procesal Penal, solamente se materializa para los efectos de cuantificación de la pena, y bajo el objetivo específico de morigerar la respuesta penal frente a delitos independientes comparten el mismo objeto de protección.[62] De allí que la reiteración de delitos no sea incompatible con la prescripción individual de los delitos que la integran, y que, en consecuencia, dicho régimen no se sujeta a reglas especiales en materia de prescripción, de modo tal que cada uno de los delitos mantiene de forma autónoma el plazo de prescripción que le corresponde.

Así las cosas, la pregunta hipotética que cabría responder sería la siguiente: Imaginando que la imputada supuestamente recibió la suma de $1.090.000 en febrero y marzo de 2010, ¿qué delito de malversación cometió? La respuesta es clara: dos delitos de malversación del artículo 233 N° 2, pues $1.090.000 simplemente no supera $1.470.080.

En definitiva, incluso si se concediera que la conducta de la imputada configuró múltiples delitos de malversación de caudales públicos, a título de autor, y en grado de desarrollo consumado; que el plazo de prescripción se habría suspendido con fecha 26 de febrero de 2020, día en que la imputada fue citada a declarar en calidad de imputado; y que el plazo de prescripción se contaría desde marzo de 2010, por aplicación de la regla sobre interrupción

[60] COUSO (2011), p. 681.
[61] CURY (2011), pp. 659-660.
[62] BESIO (2015), p. 590.

de la prescripción, de todas maneras la acción penal respecto de todos estos delitos habría prescrito en marzo de 2015.

Conclusiones

En nuestra opinión, no resulta posible calificar la conducta imputada a M.J.B.S. a título de autoría del delito malversación de caudales públicos, pues ella no tenía los fondos supuestamente sustraídos a su cargo.

Tampoco resulta posible sancionar a la imputada como partícipe en el delito de malversación de caudales públicos cometido por otras personas, pues, conforme a la opinión actualmente mayoritaria, tanto en doctrina como en jurisprudencia, en el caso de los delitos especiales impropios, como lo es el de malversación de caudales públicos, aquellas personas que ejecuten la conducta prohibida sin poseer la calidad especial exigida por el respectivo tipo penal no pueden ser sancionadas por el delito especial impropio, sino que deberán ser condenadas, si así fuere el caso, por el tipo penal común que corresponda. En un caso de malversación, el tipo penal común será generalmente un delito de hurto o de apropiación indebida.

Dado que, en nuestra opinión, la conducta atribuida a la imputada debiese ser calificada como un delito de hurto, correspondería que el tribunal declarase la prescripción penal.

Sin perjuicio de lo anterior, incluso en el caso de que las conductas atribuidas a la imputada fuesen calificadas como malversación de caudales públicos, igualmente se debiese declarar la prescripción de la acción penal, pues los hechos imputados constituirían múltiples simples delitos de malversación del artículo 233 N° 2, y no múltiples crímenes de malversación del N° 3 del mismo artículo. En efecto, las conductas imputadas no configuran 4 delitos de malversación de caudales públicos del artículo 233 N° 3, como postula el Ministerio Público, sino que configuran 38 delitos de malversación de caudales públicos del artículo 233 N° 2, habiéndose cometido un delito por mes, entre septiembre de 2007, y marzo de 2010. En este escenario, aun adscribiendo a la interpretación de la regla sobre interrupción de la prescripción que resulta más favorable para el Ministerio Público, el plazo de prescripción de todos los delitos cometidos se computaría desde marzo de 2010, lo cual significaría que la acción penal respecto de todos ellos habría prescrito en marzo de 2015.

Bibliografía citada

ACOSTA, Juan Domingo (1986): "Malversación de caudales públicos", en: Revista Chilena de Derecho (Vol. 13, N° 2), pp. 422-427.

BALMACEDA, Gustavo (2012): "Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al fisco", en: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (Vol. 19, N° 2), pp. 45-81.

BALMACEDA, Gustavo (2014): "La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco en el Derecho Penal Chileno", en: Revista de Derecho Universidad San Sebastián (N° 20), pp. 77-120.

BESIO, Martín (2015): "Aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal", en: Política Criminal (Vol. 10, N° 20), pp. 543-596.

BUNSTER, Álvaro (1948): La malversación de caudales públicos: estudio de doctrina y jurisprudencia. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales).

COUSO, Jaime (2011): "Artículo 75", en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor (directores), Código Penal Comentado (Santiago, Thomson Reuters), pp. 669-681.

CURY, Enrique (2011): Derecho Penal parte general, 10ª edición (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

ETCHEBERRY, Alfredo (1998a): Derecho Penal parte especial, 3ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo II.

ETCHEBERRY, Alfredo (1998b): Derecho Penal Parte Especial, 3ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo IV.

GARRIDO MONTT, Mario (2007): Derecho penal, 4ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo II.

GRISOLÍA, Francisco (1975): "La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude", en: Revista de Ciencias Penales (3ª Época, N°1), pp. 3-47.

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (2005): Estudios y defensas penales (Santiago, Legal Publishing).

HERNÁNDEZ, Héctor (2011), "Artículo 15", en: COUSO, Jaime, HERNÁNDEZ, Héctor (directores), Código Penal Comentado (Santiago, Thomson Reuters), pp. 383-413.

MAÑALICH, Juan Pablo (2012): "La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales", en: Política Criminal (Vol. 7, N° 14), pp. 357-377.

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2021): Manual de Derecho Penal Chileno Parte General, 2ª edición (Valencia, Tirant lo Blanch).

MERA, Jorge (2011a): "Artículo 93 N°s 6 y 7 – Artículo 94", en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor (directores), Código Penal Comentado (Santiago, Thomson Reuters), pp. 724-725.

MERA, Jorge (2011b): "Artículo 96", en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor (directores), Código Penal Comentado (Santiago, Thomson Reuters), pp. 727-729.

MORALES, Roberto (2008): ""Tener a su cargo" requisito exigido al funcionario público que comete la malversación de caudales públicos. Doctrina y jurisprudencia", en: Revista del Ministerio Público (N° 36), pp. 61-69.

NÁQUIRA, Jaime (2017): Derecho Penal Chileno, parte general (Santiago, Thomson Reuters), Tomo II.
NOVOA, Eduardo (2005): Curso de derecho penal chileno. Parte general, 3ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo II.
OSSANDÓN, María Magdalena (2019): "El funcionario a su cargo, SCS, 15/01/2007, Rol N° 5733-04", en: VARGAS, Tatiana (directora), Casos destacados Derecho Penal parte especial (Santiago, Ediciones DER), pp. 113-130.
PIÑA, Juan Ignacio (2012): "El delito de malversación de caudales públicos imputado a L.B.P.", en: Doctrina Procesal Penal (N° 10), pp. 147-203.
RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena (2005): Delitos contra la función pública (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
RODRÍGUEZ, Luis (2010): "La desviación de fondos públicos. Aspectos dogmáticos y político criminales", en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Vol. 27, N° 2), pp. 243-265.
VAN WEEZEL, Alex (2007): Delitos tributarios (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
VIDELA, Lino (2009): "Aproximación a la doctrina y jurisprudencia chilena sobre delitos funcionarios. Malversación de caudales públicos y fraude al fisco", en: Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado (N° 22), pp. 55-98.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema, rol 735-2003, 30 de enero de 2006.
Corte Suprema, rol 5733-2004, 15 de enero de 2007.
Corte Suprema, rol 3799-2013, de 30 de septiembre de 2013.
Corte Suprema, rol 38490-2017, de 24 de agosto de 2018 (sentencia de reemplazo).
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 5856-2018, de 20 de noviembre de 2018.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 4691-2020, de 20 de octubre de 2020.
Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 121-2010, de 16 de noviembre de 2010.
Juzgado de Garantía de Santiago (8°), RIT 1116–2017, de 04 de septiembre de 2020.
Tribunal Oral en lo Penal de Santiago (4°), RIT 636-2018, 04 de junio de 2019.