



Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho

Tesina de pregrado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso

Análisis jurisprudencial del delito de fraude al fisco del Artículo 239 Código Penal

Autores: José Ignacio Moya y Rodrigo David Tricallotis Araya

Profesor Guía: Andrés Benavides Schiller

Disciplina Principal: Derecho Penal

Disciplina Secundaria: Derecho Administrativo.

27 de diciembre del 2022

Contenido

1	Resumen.....	3
2	Introducción.....	4
3	Capítulo I: El delito de fraude al fisco.....	5
3.1	Breve acercamiento al delito de fraude al fisco.....	5
3.2	Marco legal	5
3.3	Bien jurídico protegido	6
3.4	Delito funcionario	8
3.4.1	Conducta típica	8
3.4.2	Sujetos	8
3.4.3	Perjuicios	9
3.4.4	Faz Subjetiva	10
3.4.5	Concepto funcionario público	10
3.4.6	Penas.....	11
4	Capítulo II: Posiciones doctrinarias y jurisprudenciales.....	12
4.1	Delito de fraude al fisco. ¿Infracción al deber o un delito especial?	12
4.1.1	Delitos especiales	12
4.1.2	Delitos de infracción al deber	13
4.2	Posiciones Doctrinarias	14
4.2.1	Posición tradicional: el delito de fraude como un delito especial de estafa.....	14
4.2.2	Posición moderna: el delito de fraude como delito especial de administración desleal.....	14
5	Capítulo III: Análisis jurisprudencial.....	16
5.1	Sentencias.....	16
5.1.1	Sentencias delito especial de fraude	16
5.1.2	Sentencias delito de fraude al fisco como administración desleal	26
6	Conclusión.....	34
7	Listado bibliográfico.	35

1 Resumen

La presente tesina tiene por objeto iniciar un análisis doctrinario y jurisprudencial del delito de fraude al fisco del artículo 239 del Código penal, identificando elementos del tipo presentes en el delito de fraude al fisco, recogiendo posiciones doctrinarias tradicionales y actuales que tensionan la interpretación efectuada por los jueces en las sentencias, considerando y valorando las nuevas directrices y fundamentos para la más amplia y justa aplicación de los delitos prescritos en el artículo 239 del Código Penal en periodo de tiempo aproximado de 10 años.

Se analizará el problema de la delimitación del funcionario público, del bien protegido y las distintas teorías presentadas por la doctrina con tal de acotar su extensión, identificando los sujetos presentes en su faz objetiva, penas y perjuicios; a su vez, se expondrá la corriente doctrinaria y jurisprudencial correspondiente a la valoración del delito de fraude al fisco como un delito especial de estafa o como un delito relacionado a la infracción del deber o la administración desleal

Palabras claves:

Fraude funcional, Infracción al deber, Fraude al Fisco, Fraude al Fisco como delito especial de estafa, funcionario público.

2 Introducción

La presente tesina tiene como objetivo principal el estudio y análisis de las diversas fuentes Jurisprudenciales durante un tiempo aproximado de 15 años, enfocados directamente a las sentencias emanadas de las distintas Cortes de Apelaciones del País y la Excelentísima Corte Suprema. El delito de fraude al fisco y en general los delitos funcionariales contra la administración del Estado, constituyen actualmente delitos de gran connotación pública. Una sólida y transparente Administración Pública, es base fundamental de los Estados modernos y democráticos. Para ello se iniciará con un análisis de los elementos típicos del delito, revisando también su regulación en la legislación, se establecerá también un acercamiento conceptual a función y cargo del funcionario público en la administración del estado.

Luego se expondrá sobre las diferencias de conceptualización en la doctrina. Para este trabajo es sumamente importante identificar al delito de fraude al fisco como la posición relativa del respectivo funcionario que, en razón de su cargo, interviene en una determinada operación de significación patrimonial para el Estado u otra entidad pública. Siempre podremos advertir en diferentes medios de comunicación y en general cualquier medio de prensa y red social, que el escrutinio público a las funciones de gobierno y en realidad a cualquier tipo de expresión de la manifestación del poder público, ha cobrado una importancia relevante dentro del quehacer ciudadano. Este escrutinio del poder por parte de la ciudadanía está principalmente orientado al combate de la corrupción, que es síntoma de enfermedad que padece toda democracia moderna y que no está ajena, por tanto, a ninguna sociedad actual. La función pública y en efecto, el desempeño de los funcionarios públicos siempre debe ser intachable, desde su investidura, el funcionario comprende que debe haber un compromiso pleno en su conducta y conocimientos de sus facultades y ámbitos donde el funcionario debe desenvolverse.

Todos estos elementos, fueron considerados por el legislador a la hora de contemplar verdaderos catálogos de delitos que pueden incurrir los funcionarios públicos, donde los sujetos activos, son claramente son estos funcionarios, están claramente más fuertemente castigados que los particulares, debido a la calidad que detentan.

3 Capítulo I: El delito de fraude al fisco

3.1 Breve acercamiento al delito de fraude al fisco

No existe una definición legal de delitos funcionarios, sin embargo, la doctrina ha entendido como aquellos que exigen que el sujeto activo sea funcionario público y cuyo bien jurídico es la probidad administrativa, entendida como la recta administración del Estado mediante sus agentes, que son los empleados públicos (Craig Meneses,2011: p.1).

En tanto el Ministerio público los define administrativamente como todas aquellas conductas ilícitas cometidas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o todas aquellas actividades u operaciones que afectan el patrimonio del Fisco, y que pueden ocurrir en la Administración del Estado; en sus organismos centralizados o descentralizados, entidades autónomas, municipalidades o gobiernos regionales. También señala que la persecución de estos delitos es prioritaria, pues producen una corrupción de consecuencias graves para la sociedad, dañando las instituciones públicas y por ende la Democracia. Asimismo, indica que además de las sanciones penales aparejadas a la consecución de estos delitos, conllevan sanciones administrativas.

3.2 Marco legal

Se encuentra consagrado en el artículo 239 del Código Penal, siendo una forma de estafa, en que el autor o sujeto activo es un empleado público que, interviniendo por razón de su cargo, produce un daño al Estado o a los órganos de este, mediante la realización de un engaño o el incumplimiento de sus deberes. Se configura de dos formas, ya sea defraudando o consintiendo que otro defraude

ART. 249.

“El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo,

de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y multa del cuádruplo del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de ciento cincuenta a mil quinientas unidades tributarias mensuales.

Las penas previstas en el inciso anterior se aplicarán sin perjuicio de las que además corresponda imponer por la comisión del crimen o simple delito de que se trate.”

3.3 Bien jurídico protegido

En nuestro Sistema de Derecho Penal, existen ciertos principios rectores esenciales, tales como el principio de intervención mínima y de lesividad. En relación al principio de intervención mínima, este hace referencia a que el Estado debe recurrir al derecho penal solo de manera excepcional y como medida de ultima ratio, de tal manera que los demás recursos para preservar el orden social ya han sido agotados o son insuficientes, en tanto el principio de lesividad condiciona el rol del derecho penal exclusivamente para la protección de bienes jurídicos considerados fundamentales, por lo que solo pueden ser punibles aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos socialmente relevantes y valiosos (Garrido Montt,2003;p. 44). De esta manera identificar lo que se protege en los delitos funcionarios y bajo esa premisa lograr identificar cuando se trate de un delito común o un delito especial o cuando efectivamente se necesite la intervención del derecho penal o cuando sólo basten y sean suficientes las sanciones del derecho administrativo.

Referente a los bienes jurídicos protegidos en los delitos funcionarios debemos observar la existencia de tres teorías, la teoría objetiva, la teoría subjetiva y la teoría 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 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 transgredido el bien jurídico, cuando se lesionan estos principios. Finalmente, sobre la teoría ecléctica podemos concluir que se fundamenta en una fusión de ambas teorías descritas con anterioridad.

Ciertos autores que defienden la teoría objetiva como Queralt señalan que “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” (2002: p.136).

Por otro lado, autores como Morales que siguen la tendencia de la teoría subjetiva, señalan que 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”. (2006: p. 9).

En los últimos tiempos la doctrina ha mostrado cierta tendencia a seguir la teoría denominada objetiva, sin embargo, todo parece indicar que nuestro Código Penal, en virtud de la tendencia existente al momento de su redacción se inclinaría más por la teoría subjetiva.

En el análisis sobre el bien jurídico en el delito de fraude al fisco, es menester señalar la misma descripción típica que hace referencia a la lesión del patrimonio público, en tanto es lo que se busca proteger y sobre el cual recae el perjuicio. De esta manera y según lo que se desprende de la norma, el objetivo esencial es la especial protección de la función pública, por lo que resulta concordante concluir que la protección de la función pública comprende también velar por el patrimonio fiscal en el ejercicio de sus funciones (Rodríguez y Ossandón 2008, p 98). Mayer señala 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” (2007: p.7).

3.4 Delito funcionario

3.4.1 Conducta típica

La conducta típica del delito de fraude al fisco suele incluir acciones como la manipulación de facturas, la creación de empresas ficticias, el uso de testaferros o la realización de operaciones financieras ficticias con el fin de ocultar ingresos y evitar el pago de impuestos. También puede incluir la utilización de métodos contables fraudulentos para alterar la contabilidad de una empresa y hacer que parezca que tiene menos ingresos de los que realmente tiene, con el fin de evadir el pago de impuestos.

Se distinguen dos hipótesis dentro de este tipo penal:

- 1- El empleado público que en las operaciones en las que interviene en razón de su cargo defrauda al Estado.
- 2.-El empleado público que en las operaciones en las que interviene en razón de su cargo consiente en que se defraude al Estado.

3.4.2 Sujetos

En materia penal es necesario hacer la distinción según las calidades del sujeto activo, los delitos comunes y los delitos especiales. Los delitos funcionarios son considerados delitos especiales puesto que solo pueden ser cometidos por funcionarios públicos valga la redundancia. Según la doctrina y mayor abundamiento en estos delitos la autoría se limita al círculo de las personas calificadas o autores idóneos mencionados en el tipo, mediante los elementos descriptivos especiales del sujeto del hecho. De manera que el extraño no puede ser autor de estos hechos punibles (Donna,2003: p. 17).

Dentro de esta misma clasificación, encontramos una subclasificación referente a los delitos especiales, los delitos especiales propios y los delitos especiales impropios. Los delitos especiales propios son aquellos en que la cualidad del sujeto es determinante para la existencia del delito y que razonablemente, a falta de este elemento, el hecho sería atípico. En los delitos especiales impropios la calidad especial del sujeto tiene efectos distintos, puesto que su calidad, tiene como efecto atenuar o agravar la pena del autor, habiendo una correlación de este delito

especial con un delito común (Politoff, Matus y Ramírez 2005: p. 489). El ejemplo de este tipo de delitos es el delito de fraude al fisco, el cual tiene un correspondiente fáctico de delito común denominado delito común de estafa.

Siguiendo esta clasificación, debemos asignar la calidad de sujeto pasivo al Estado o Administración Pública, sin embargo es menester tener en cuenta la distinción que se realiza entre la defraudación directa mediante engaño, entre el ofendido por el delito y el sujeto pasivo del fraude, en este aspecto se señala 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 respectiva, pero no es necesario que tenga competencia específica para la disposición de los bienes determinados”(Donoso, 2005: p. 35) por lo que podemos indicar a ciencia cierta que es requisito de que el funcionario actúe en razón de sus funciones y en las operaciones que tiene a cargo, solo es aplicable al sujeto activo.

3.4.3 Perjuicios

La doctrina sostiene que deben concurrir como mínimo tres requisitos para que exista la presencia de un fraude al fisco, consistentes en “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 ”(Reyes, 2003: p. 76) En nuestro código, el delito de fraude al fisco es considerado como un delito de resultado, por lo que resulta una exigencia que el fraude haya originado una pérdida o privación de un lucro legítimo al Fisco.

Esta consideración del delito de fraude al fisco como delito de resultado cobra relevancia en cuanto se pueden considerar las formas imperfectas de comisión del delito, permitiendo la posibilidad que se configuren según lo contemplado en el artículo 239, hipótesis del delito en grados de tentativa o frustrado.

En relación con el beneficio económico que debe obtener quien comete el delito, existe consenso en la doctrina que nuestro ordenamiento jurídico exige la concurrencia de esta

hipótesis, pero subsiste la duda si este beneficio económico debe traducirse necesariamente en un beneficio correlativo para el sujeto o para un tercero.

Parte de la doctrina considera que “el beneficio no es un elemento del tipo y tampoco forma parte del resultado, sin perjuicio de lo cual puede efectivamente concurrir, tanto en provecho del funcionario como de un tercero” (Donoso,2005: p.35). En los términos que está tipificado este delito, basta que exista un perjuicio patrimonial al Fisco, sin necesariamente existir un beneficio económico personal, del sujeto activo o de un tercero.

3.4.4 Faz Subjetiva

De igual forma existe relativo consenso en la doctrina sobre que, en la comisión de este delito no está incorporada la forma culpable, restringiendo así su comisión a hipótesis en que existe dolo por parte del autor. En ambas hipótesis, ya sea consintiendo o directamente defraudando, es necesario la existencia de dolo en tanto esto supone conocimiento y voluntad de realización por parte del agente. La doctrina aún discute si solo se aceptara dolo directo o también hay espacio para el dolo eventual, sin embargo, actualmente la doctrina parece inclinarse a la doctrina de la primera postura.

3.4.5 Concepto funcionario público

Como sabemos, el funcionario público es un elemento esencial para la concurrencia de estos delitos, por lo que tiene que tener la calidad de funcionario público el que sea denominado autor. El artículo 260 del Código Penal define a los empleados públicos, en los siguientes términos: “... se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”. Este concepto es más bien funcional del empleado público, en tanto abarca una infinidad de situaciones no cubiertas por estricta regulación del estatuto administrativo (Politoff, Matus y Ramírez, 2009: p. 487).

Para efectos penales, cobra vital importancia considerar que la calidad de funcionario público es un agravante del artículo 12 del Código Penal que indica “Son circunstancias agravantes: 8° Prevalerse del carácter público que tenga el culpable”; lo que indica la diferencia de que ciertos hechos tengan una connotación distinta según el bien jurídico que se protege y la calidad del autor.

3.4.6 Penas

Quien incurra en estos delitos sufrirá las penas de presidio menor en sus grados medios a máximo, inhabilitación especial perpetuas para el cargo u oficio y, por último, se condena a una multa de diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado.

Estas sanciones y penas son superiores a los demás delitos funcionarios contemplados en el Código Penal. El legislador incluso ha considerado que la gravedad de la conducta no disminuye por el hecho de haber existido o no el reintegro de los bienes apropiados. El Ministerio Público ha indicado también que “la circunstancia de restituir posteriormente el empleado los fondos sustraídos o desviados, o de reparar por cualquier medio, normalmente económico, el perjuicio causado, que suele ocurrir con cierta habitualidad, no puede considerarse que elimine la responsabilidad penal...” (2000: p.3) Esta posición del Ministerio Público sin embargo puede ser contrastada en la práctica con las circunstancias atenuantes contempladas en el Artículo 11 N° 7.

En relación a la multa descrita en la sanción, consideramos que dichos montos se justifican sólo si consideramos que el beneficio no es un elemento del tipo y en el caso de que este no haya existido, sin embargo, si el sujeto activo se vio beneficiado económicamente con su actuar, sería lo más lógico que reintegre al menos la totalidad del perjuicio causado, en tanto no podemos considerar ni siquiera medianamente justo, que el resarcimiento del perjuicio sea algún porcentaje menor que el que se defraudó o se consintió para defraudar.

4 Capítulo II: Posiciones doctrinarias y jurisprudenciales

4.1 Delito de fraude al fisco. ¿Infracción al deber o un delito especial?

Antes comenzar el análisis de la doctrina con respecto al delito de fraude al fisco, tenemos que hacer ciertas precisiones con respecto a este delito. Hoy en día existen dos posturas que son relevantes para doctrina y que tienen por objeto analizar y determinar el alcance jurídico de este delito, por un lado, tenemos una doctrina que nos dice que el delito de fraude al fisco debe ser tratado como un delito especial de estado y, por otro lado, tenemos una doctrina que nos plantea que este delito debe ser tratado como uno de administración desleal. Antes de entrar en un análisis profundo de ambas doctrinas debemos determinar cuáles son las consecuencias de que este delito sea tratado como un delito especial o como un delito de infracción al deber.

4.1.1 Delitos especiales

Los delitos especiales son entendidos como todos aquellos delitos que consisten en la infracción de una ley especial y, a su vez, una ley es especial cuando el destinatario de esta es ocupado por alguien que posee un determinado estatus. Estos delitos especiales se dividen en dos clases los delitos especiales propios, en los cuales se le atribuye la calidad de autor a cuyos sujetos posean una determinada calidad o estatus especial y, en caso de no poseer este determinada calidad, no se configura la figura delictiva; y los delitos especiales impropio, que son aquellos que pueden ser cometidos por cualquier persona sin la necesidad de un determinado estatus, es decir, que la punibilidad del delito no depende de la calidad del sujeto pero, la calidad especial del individuo que actúa como funcionario público en este caso, agrava la penalidad (Mañalich 2012, p. 357-377).

Estos delitos se configuran con una estructura o una figura base, aplicable a los sujetos que no lo posean. Es decir, en caso de que el delito de fraude sea considerado un delito especial propio, la calidad especial fundamenta la ilicitud de la conducta, en tanto en el caso de la consideración del delito de fraude como delito especial impropio, su calidad especial solo agrava la ilicitud.

De lo anteriormente dicho tenemos que sólo una persona cualificada, es decir, un intraneus puede ser autor del delito en cuestión, mientras que una persona no cualificada, en

otras palabras, un extraneus sólo puede venir en consideración como partícipe, en la medida en que el injusto del hecho le sea accesoriamente imputable al sujeto extraneus.

4.1.2 Delitos de infracción al deber

Los delitos de infracción al deber son una categoría específica de hechos punibles, dentro de los cuales el autor del delito infringe deberes especiales, es por esto, que se les identifica con los delitos especiales. No se trata entonces de la infracción de cualquier deber, sino que, de deberes con características especiales, de esta forma, no todos los delitos podrían considerarse como de infracción de deber y, por lo tanto, solo el que tuviera determinadas atribuciones podría ser autor de estos delitos, no cualquier sujeto (Balmaceda Hoyos 2012: p.45-81).

Para el jurista alemán Claus Roxin en los delitos de infracción de deber la autoría del delito la determinará el quebrantamiento o la infracción de un deber extrapenal de impedir la consumación, asignado específicamente a ciertas personas por su calidad o estatus especial. Se trataría de delitos en que son infringidos deberes de protección y de conservación derivados del Derecho Civil, del Derecho Público o de la costumbre, a los cuales se les valora como infracción normativa penal. En cambio, en los delitos de dominio, el deber infringido emanaba de la misma norma penal, por lo cual la autoría dependería simplemente del "dominio del hecho" o la ejecución del hecho punible, y no de la cualidad o capacidad especial del individuo para infringir el deber (Figuroa Ortega 2008: p. 25-72). De lo anteriormente dicho por Roxin podemos concluir que cualquier delito especial puede ser un delito de infracción al deber, siempre y cuando, se cumplan ciertos requisitos fundados en que la cualidad del deber que se exige para el tipo penal en cuestión sea de naturaleza extrapenal, es decir, que no se relacione con el ámbito penal.

Roxin también dentro de esta clasificación que hace de delitos de dominio y delitos de deber nos da importantes consideraciones, sobre todo en los delitos de deber. Para el autor alemán solo el intraneus, es decir, aquel sujeto con características especiales que requiere el tipo penal podría ser el autor del delito y, por lo tanto, aquellos que no reúnan estas condiciones especiales sólo podrían ser considerados partícipes del delito.

4.2 Posiciones Doctrinarias

La importancia está en la necesidad de recurrir a un delito residual cuando no se ostenta la calidad del sujeto que requiere el tipo penal.

En comparación con todas las figuras de estafa prevé una pena mayor. Lo protegido por el delito es un interés colectivo y no meramente particular, cuya afectación demanda una reacción penal más rigurosa (Mayer 2007, p.225).

4.2.1 Posición tradicional: el delito de fraude como un delito especial de estafa.

La doctrina tradicionalmente ha comprendido el delito de fraude como una especial forma de estafa, en la cual el sujeto activo es un empleado público y el pasivo es el Fisco, representado por las instituciones que la ley señala (Politoff, Matus, Ramírez, 2005: p. 498). En tal sentido, se hace exigible para la configuración del delito de fraude los elementos propios que componen la estafa, es decir, que el tipo penal exige engaño y perjuicio. Esto a su vez implica que el tercero partícipe del delito puede ser sancionado tanto por el delito común de estafa, como de la calificada e incluso especial atendida a las circunstancias del hecho en cuestión.

4.2.2 Posición moderna: el delito de fraude como delito especial de administración desleal.

La administración desleal se encuentra regulada en el artículo 470 n°11 del Código Penal donde se sanciona al que, teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le irroge un perjuicio, sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla (abuso), o bien ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado (Flores,2022: p.2).

Esta nueva concepción del delito de fraude surge a partir de la siguiente crítica a la corriente tradicional: se advierte que del artículo 239 del Código Penal no se desprenden los

elementos necesarios para identificarlo con la estructura requerida por el delito de estafa. Al respecto Mañalich (2012, p. 373) señala lo siguiente:

“Si se comprende como un delito especial de estafa se vuelve imposible dar cuenta de la significación de la exigencia típica según la cual la defraudación ha de ser efectuada por el funcionario que interviene en la respectiva operación en razón de su cargo. El injusto del fraude al fisco se corresponde con un menoscabo patrimonial ocasionado “desde dentro”, y no “desde fuera”; siendo esto último, empero, lo característico de la estafa, en la medida en que el estafador condiciona, mediante engaño, una disposición patrimonial perjudicial, para sí o para un tercero, por parte de otro.”

En tal sentido, el autor propone comprender el delito de fraude como un delito especial de administración desleal, ello en atención a dos argumentos: En primer lugar, se comprendería como un delito de mero perjuicio patrimonial y no como uno de aprovechamiento patrimonial de entenderlo como una estafa, lo que es más coherente con la tipificación del artículo 239 del Código Penal y a su vez con el injusto presente en el delito, que es una vulneración a la probidad que no dice necesariamente relación con un enriquecimiento patrimonial (Mañalich, 2012, p.374). En segundo lugar, se hace irrelevante el elemento “engaño” en el actuar del funcionario público que compromete el patrimonio fiscal, se trataría simplemente de un elemento circunstancial en la realización del delito. Hernández señala al respecto que el que tiene poder de disposición sobre patrimonio ajeno no necesita engañar a nadie para obtener una disposición patrimonial, porque la realiza él directamente y que de presentarse conductas engañosas no serían más que maniobras de autoencubrimiento que no constituyen engaño típico en los términos de la estafa (2005, p. 207).

La nueva ley 21.121 publicada el 20 de noviembre de 2018, que “Modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción, trajo nuevas herramientas legislativas y judiciales consistentes en un gran avance en materia penal. En parte viene a fortalecer el cuerpo legal que sostiene la función pública y su correcto ejercicio y saldar un vacío histórico en cuanto a la protección del patrimonio público hace referencia y su especial cuidado. La motivación de esta nueva ley fue impulsada por la relevancia que tienen los

delitos de corrupción en la opinión pública y la agenda estatal impulsada en la lucha contra la corrupción.

Previa a su publicación, los vacíos por falta de la tipificación y calificación de este delito en el ordenamiento jurídico fueron sistemáticamente subsumidos en otras conductas de esa naturaleza en las figuras disponibles en la legislación, como en los delitos de apropiación indebida, insolvencia punible y malversación. De esta manera, la inclusión de esta ley en materia penal ha solventado la posición moderna y minoritaria de los profesores Mañalich y Hernández con un fundamento legal y no puramente doctrinario.

5 Capítulo III: Análisis jurisprudencial.

El presente capítulo tiene por objeto el análisis de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia de nuestro país con relación al delito estudiado a lo largo de esta tesis, el fraude al fisco. El análisis que realizaremos, más que centrarse en el resultado mismo de las sentencias, se centrará en cómo las distintas cortes razonan en favor de alguna de las doctrinas de las que hablamos en el capítulo dos.

Al mismo tiempo buscamos identificar la tendencia jurisprudencial de las cortes superiores, a la hora de tratar con el delito de fraude al fisco, dentro de un lapso de tiempo determinado, a fin de ver su evolución en tiempo desde el año 2005 hasta la actualidad.

5.1 Sentencias

5.1.1 Sentencias delito especial de fraude

Caso N°1

Tribunal: Corte de apelaciones de Valdivia	Año: 2019
---	-----------

Sala: primera	Fecha: 05 de noviembre de 2019
ROL N°: 849-2019	Recurso: Recurso de Nulidad

Tema destacado

- A) El tribunal analiza si es posible la figura culposa del delito de fraude al fisco del artículo 239 del código penal.
- B) El alcance del artículo 239.

Razonamiento del tribunal

Las razones en las que se fundó la corte de apelaciones de Valdivia para dictar sentencia se deben a que analizó el verbo rector del delito de fraude al fisco, que consiste en “defraudar”, es decir, un sujeto actúa con abuso de confianza o con infidelidad a las obligaciones propias de su cargo. Al analizar este verbo lo que hace la corte de apelaciones es darle un alcance y contrastar con el actuar del sujeto para comprobar si realmente incurrió en el delito prescrito en el artículo 239 del código penal o no.

Además, la corte siguiendo la línea del jurista A.E coincide con la doctrina tradicional con respecto a la calificación jurídica del delito de fraude al fisco, que es, considerar dicho delito como una forma especial de estafa, puesto que, en su considerando número nueve nos dice que para que se produzca el delito del artículo 239 es necesario provocar un perjuicio y que este se base en el engaño citando el siguiente extracto del jurista A.E “el empleado puede producir el perjuicio a merced a un engaño (a sus superiores u otros funcionarios) o bien mediante el incumplimiento de sus deberes funcionarios (aunque no exista engaño), si bien habrá por lo menos mentira”. Con esto la corte de apelaciones nos dice que debe tratarse de una conducta dolosa y que no acepta la figura culposa para el delito.

Al dictar sentencia la corte de Apelaciones falló en favor del recurso de nulidad que presentó el imputado puesto que el tribunal de primera instancia habría calificado el actuar del sujeto como una figura culposa del delito de fraude al fisco y, según la doctrina y el razonamiento seguido por la corte, esta no aceptaría la figura culposa del delito en razón de que el verbo rector “engañar” solo puede darse de forma dolosa.

Caso N°2

Tribunal: Corte de apelaciones de Punta Arenas	Año: 2015
Sala: primera	Fecha: 05 de junio de 2015
ROL N°: 48-2015	Recurso: Desafuero

Tema destacado

Concurso aparente de leyes entre los artículos 239 y 240 del código penal, que se resuelve en favor del primero por principio de consunción.

Razonamiento del tribunal

El presente recurso de desafuero se funda conjuntamente en los delitos de negociaciones incompatibles y fraude al fisco, de los artículos 239 y 240 respectivamente. Por lo anterior la corte estima que la imputación de delitos en forma conjunta de los solicitantes del desafuero es ilógica, infringiendo el principio de “non bis in ídem”, puesto que, para la corte existe un concurso aparente de leyes entre ambos artículos revolviéndose siempre en favor del artículo 239, debido a el principio de consunción, en donde, el delito de resultado siempre absorbe al delito de peligro abstracto.

Pasando al modo comisivo del delito de fraude al fisco es muy tajante y nos dice “La doctrina absolutamente dominante y la jurisprudencia absolutamente dominante entienden que este delito es una modalidad de estafa que requiere engaño, error y perjuicio. Es una modalidad de estafa al interior de la administración”, con esto la corte de la apelación respectiva nos deja en claro su adhesión a la doctrina tradicional, tratando al delito del artículo 239 como un delito especial de estafa.

Independiente de lo que nos ha planteado la corte anteriormente, esta además, cita a un autor que sigue una posición minoritaria en la doctrina nacional, en donde, el autor estima que no basta con solo el engaño, sino que, la estafa requiere una maquinación o una “mise en scene”, también, nos menciona que bastará solo el engaño cuando también haya un incumplimiento de deberes pero, también nos deja en claro que el incumplimiento de deber no reemplazará al engaño, y que este seguirá siendo el factor principal.

Caso N°3

Tribunal: Corte Suprema	Año: 2014
Sala: Segunda	Fecha: 08 de octubre de 2015
ROL N°: 29891-2014	Recurso: Casación en el fondo

Tema destacado

La corte suprema, siguiendo la doctrina tradicional, analiza el alcance del verbo rector del delito de fraude al fisco, el “engaño”.

Razonamiento del tribunal

La corte suprema estima que no existe suficiente convencimiento de punibilidad exigido por el artículo 239 del Código Penal, al no aparecer de forma clara que el acusado hubiese

defraudado o consentido en la defraudación que se denuncia ni tampoco resalta la utilización de un ardid para obtener la disposición de fondos a su favor, de manera que aun considerando un menor margen de engaño que indica el precepto, es de inferior intensidad al exigido por las estafas de todos modos cabe requerir del autor el dolo directo en su actuar. Con esta argumentación se hace claro que la corte suprema está siguiendo la línea de la doctrina tradicional en cuanto a tratar al delito de fraude al fisco como un delito especial de estafa, pues la corte determina que es necesario cierta intensidad en el acto de “engaño” para concurrir en el delito, además de exigir un dolo directo.

La corte suprema reconoce que el actuar del sujeto revela claros incumplimientos de su deber como funcionario, tratándolo entonces como un descuido grave por parte del sujeto pero, que esto no necesariamente significa que la conducta que se le reprocha sea un acto que busque defraudar al fisco es su propio beneficio, por lo cual, considera que la sentencia de primera instancia incurrió en un error al dar un alcance tan amplio al engaño como elemento del fraude, incluyendo todo tipo de actuaciones que signifiquen una administración desleal. La corte por último hace un alcance de que desde el punto de vista defraudar, su medio de comisión será siempre mediante el engaño.

Caso N°4

Tribunal: Corte Suprema	Año: 2016
Sala: Segunda	Fecha: 28 de julio
ROL N°: 25378/2014	Recurso: Casación en el fondo

Tema destacado

La corte indica los elementos correspondientes a la estafa en del artículo 239 CP y reafirma la tesis de la especial calidad de los sujetos activos del delito de fraude al Fisco en

contratos de convenios ad-referéndum referentes a consultorías efectuadas entre la Dirección General de Obras Públicas y la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Chile.

Razonamiento del tribunal

La corte señala referente a los hechos, que no existe duda que los elementos del tipo del delito de fraude al fisco fundamentados por los jueces del fondo están demostrados en tanto la conducta del acusado, claramente aparece como dolosa y que las operaciones engañosas las verifico por razón de su cargo y que causó un perjuicio efectivo al patrimonio Fiscal. Que los argumentos presentados por el acusado referentes a la falta del elemento esencial que tipifica la norma punitiva aludida, la cual es la de no revestir la calidad de empleado público, sino que solo se trataba de una actuación en su condición de agente público y que se remuneraba bajo el sistema de honorarios. La Corte indicó que la noción de empleado público para el derecho penal tiene una significación más amplia que la del derecho administrativo porque el interés del primero se relaciona con la función pública independiente de la naturaleza jurídica del vínculo que regula la relación existente entre la administración del Estado y la persona que desempeña dicha función, sobre quien recibe la obligación de custodiar los intereses del Estado, rechazando la solicitud de absolución por parte del acusado.

Caso N°5

Tribunal: Corte Suprema	Año: 2007
Sala: segunda	Fecha: 25 de enero de 2007
ROL N°: 744-2006	Recurso: Casación fondo

Tema destacado

Aplicación de la doctrina tradicional de fraude al fisco como delito especial de estafa.

Razonamiento del tribunal

La corte suprema en su razonamiento estima que los hechos propios expuesto en la sentencia de autos, no son constitutivos del delito de fraude al fisco, esto en razón de la falta de dos elementos esenciales del tipo que es el engaño y el detrimento propio de la estafa. Lo anterior refleja la postura que adopta la respectiva corte en cuanto a tratar al delito de fraude al fisco del artículo 239 del código penal como una forma especial del delito de estafa propio de la doctrina tradicional mayoritaria, que considera el engaño como el eje central del delito sumado al perjuicio económico sufrido por el sujeto pasivo del delito que es el fisco, así lo confirma la corte cuando nos dice “en tanto que el desmedro originado al Fisco, puede consistir en pérdidas directas o en la privación de un lucro legítimo o cesante, la que subjetivamente necesita de un dolo directo, siendo inadmisibles la concurrencia de la culpa”, aquí la corte además de profundizar con respecto al perjuicio propio del delito de estafa, nos habla sobre la necesidad de un dolo directo, puesto que, el engaño sólo puede ser producido mediante el dolo directo, imposibilitando así, la concurrencia del delito en forma culposa.

Caso N°6

Tribunal: Corte Suprema	Año: 2015
Sala: Segunda	Fecha: 17 de diciembre de 2015
ROL N°: 17014-2015	Recurso: Recurso de Nulidad

Tema destacado

Fraude al fisco como delito especial impropio, que de faltar el elemento factor personal pasa a ser estafa.

Razonamiento del tribunal

La corte suprema razona en cuanto al fraude al fisco como una figura especial de estafa, pues, lo califica como delito especial impropio, entendiendo que la cualidad personal, de empleado público, solo es una agravante del delito de estafa. Siguiendo esta misma directriz la corte suprema entiende que los elementos del delito de fraude al fisco son los mismo que los que prevé el delito de estafa, teniendo como eje del delito el engaño, maquinaciones o simulaciones que tengan por objeto el defraudar al fisco.

Para afirmar lo anterior la corte suprema describe al delito de fraude al fisco, basado en la doctrina y la jurisprudencia tradicional, calificándola en sus palabras como “un ilícito como una forma especial de estafa, cometida en perjuicio del Fisco por un empleado público y exigen para su consumación, el engaño y el perjuicio propios de la estafa, aun cuando no se requiera una mise en scene”.

Al mismo tiempo la corte establece basada en la jurisprudencia de la segunda sala, que en ausencia de la calidad de funcionario es aplicable a los extraneus la figura de estafa común, cuyo sujeto no se encuentra vinculado con deberes para la administración.

Caso N°7

Tribunal: Corte Suprema	Año: 2012
Sala: Segunda	Fecha: 04 de diciembre de 2012
ROL N°: 496-2011	Recurso: Casación en el fondo

Tema destacado

A la hora de determinar si un hecho resulta en fraude al fisco o malversación se estima que la defraudación tiene un carácter residual.

Razonamiento del tribunal

La corte suprema en su considerando 16 razona en dirección si la acción realizada por el sujeto en cuestión importa fraude al fisco o negociación incompatible, para aquello, la corte suprema, empieza definiendo la naturaleza y el alcance que tiene el delito de fraude al fisco catalogándolo como una figura especial asociada a la defraudación, caracterizando al delito por la producción de un menoscabo al patrimonio estatal, producido a través de un engaño. El hecho de que la corte reconozca el delito de fraude al fisco como una figura especial que se basa en el engaño y el menoscabo del patrimonio del estado, podemos establecer su fundamento en la doctrina más tradicional de dicho delito, tratándolo como un delito especial de estafa.

Bajo el punto anterior si bien la corte entiende que se trata de dos delitos diferentes, hay ciertas similitudes entre ambos delitos lo que llevó a la corte a hacer dicha diferenciación entre ambos. Para la corte suprema ambas figuras corresponden a sujetos activos especiales y que ambas están relacionadas en base a los principios de probidad. Dichas figuras penales exigen para su consumación un engaño o fraude y los requisitos propios de la estafa, en razón de causar un perjuicio económico al fisco y la exigencia de un dolo directo para que guíe su actuar.

Pasando a otro punto en el mismo considerando la corte hace un razonamiento muy interesante respecto ante la posibilidad de catalogarse un hecho como un fraude al fisco o malversación. Cuando se da esta situación la corte nos dice que la jurisprudencia ha optado por la preferencia de este último, dándole un carácter residual a la defraudación y estableciendo que “en el artículo 239 del Código Penal se contienen todos los demás casos de defraudación que no consistan en la sustracción de los fondos públicos y no estén penados en los artículos relativos a la malversación”.

Caso N°8

Tribunal: Corte Suprema	Año: 2010
Sala: Segunda	Fecha: 24 abril 2012
ROL N°: 2280-2010	Recurso: Casación en el fondo y forma

Tema destacado

Señala que el delito del artículo 239 tiene por objetivo proteger el correcto desempeño de la función pública y sigue la línea tradicional de considerarla una forma especial de estafa y confirma la absolución de los acusados por la falta de comunicabilidad de la calidad de funcionarios respecto a los partícipes que no poseen esta calidad.

Razonamiento del tribunal

El tribunal en el considerando tercero, en cuanto al delito de fraude al fisco, indica que se trata de una figura especial, en que se reprime una particular forma de estafa o defraudación que se comete dentro de la Administración Pública, donde el sujeto pasivo es el Fisco y cuyo sujeto activo ha de ser un funcionario público, encargado de intervenir en las operaciones, en razón de su cargo. En el mismo sentido, el tribunal indica que la conducta del delito de fraude al Fisco consiste en defraudar o consentir que se time y como tal requiere tanto del engaño cuanto al perjuicio propio de la estafa la cual se traduce una irrogación de una pérdida.

El tribunal, a la luz de los hechos presentados en el tribunal de primera instancia, indica que la inexistencia de ardid por parte de los acusados es evidente, en virtud de que no se ha comprobado ningún tipo de concierto previo ni de convergencias de voluntades con el fin de obtener beneficios, que la asignación de los pagos en cuestión y los cobros por ciertos ítems dependen de su propia actividad, si no que de terceros

Finalmente, el tribunal en su considerando décimo resuelve que al no haberse configurado los delitos de fraude al Fisco ni estafa materia de esta causa, se rechaza la acusación particular deducida por el Consejo de Defensa del Estado, en representación del Fisco de Chile, en contra de todos los encartados como autores del delito de fraude al Fisco, fundado en la comunicabilidad de la calidad de funcionario respecto de los partícipes que no ostentaron dicho cargo.

5.1.2 Sentencias delito de fraude al fisco como administración desleal

Caso N°9

Tribunal: Corte Suprema	Año: 2014
Sala: Segunda	Fecha: 25 de mayo 2015
ROL N°: 32464-2014	Recurso: Casación en el fondo

Tema Destacado

Pone énfasis en el perjuicio patrimonial por sobre el aprovechamiento personal sobre el que razona el artículo 239 del código penal.

Razonamiento del tribunal

La corte razona en el sentido de que el artículo 239 del código penal debe ser conceptualizado como un delito de administración desleal o gestión desleal del patrimonio, esto en razón de que se centra más en el perjuicio patrimonial que en un aprovechamiento personal, esto permitiría a la corte diferenciarlo de los distintos tipos de estafa, puesto que, el injusto importa una vulneración o infracción al principio de probidad, es decir, en palabras del jurista J.P Mañalich y como cita la corte en su sentencia, “en tanto estándar para el desempeño de la función, consistente en la falta de fidelidad en la gestión del patrimonio público, que no necesita en modo alguno coincidir con la pretensión de la obtención de alguna ventaja patrimonial correctiva”.

Mediante este razonamiento la corte considera que los hechos del fallo cumplen a cabalidad con la descripción típica del artículo 239 del código penal como acertadamente resolvieron los jueces de instancia, por lo que se rechaza el recurso de casación en el fondo.

Caso N°10

Tribunal: Corte Suprema	Año: 2022
Sala: Segunda	Fecha: 23 de marzo 2022
ROL N°: 7006-2021	Recurso: nulidad

Tema Destacado

Entiende la postura que acepta al fraude al fisco, como aquella relacionada a la noción de la administración desleal, y que, por lo tanto, es la que más se ajusta a derecho.

Razonamiento del tribunal

La corte, en su fundamentación de la sentencia considerando 22, señala que la calificación jurídica de la sentencia que fue impugnada por el apelante, es correcta en cuanto, el tribunal a quo señaló en su respectiva sentencia los fundamentos que entienden el tipo penal materia de acusación en el caso concreto y que siguiendo al profesor Hernández H., señala que la postura tradicional del fraude al fisco con el elemento engaño implicaría incurrir en el absurdo de pretender que hubiera una persona natural a quien se haga artificiosamente que se represente una falsa idea de la realidad para que efectúe una disposición patrimonial con perjuicio para ésta o terceros, lo que es prácticamente inaplicable en casos de personas jurídicas y en que se administra recursos de terceros o al menos de la comunidad.

La Corte señala que lo esencial en este tipo de delitos, es que la figura por ejemplo la del fraude al fisco, lo que en realidad se busca resguardar, es la acción malintencionada de quienes detentan funciones públicas con facultades claro está, de administración y disposición patrimonial a nombre del Fisco y que por lo tanto estos sujetos están llamados para tener conductas intachables en el ejercicio de sus funciones, todo esto en beneficio de la comunidad.

Considera la Corte, siguiendo la posición del profesor Mañalich que la comprensión del fraude al fisco como una forma de estafa vuelve prácticamente imposible dar cuenta de la significación de la exigencia típica según la cual la defraudación ha de ser efectuada por el funcionario que interviene en la respectiva operación en razón de su cargo y por lo tanto el injusto del fraude al fisco se corresponde con un menoscabo patrimonial ocasionado “desde dentro”, y no “desde fuera”; siendo esto último, empero, lo característico de la estafa, en la medida en que el estafador condiciona, mediante engaño, una disposición patrimonial perjudicial, para sí o para un tercero, por parte de otro, de esta manera el sentenciador señala que es necesario abandonar la idea que el delito del Artículo 239 del CP posee los elementos o la estructura de una estafa sino más bien, es necesario adoptar una mejor interpretación del delito de fraude al fisco como un delito de administración desleal, en cuanto el elemento central del delito consiste en una vulneración del principio de probidad y no necesariamente exista una correlación con la obtención de una ventaja patrimonial.

Caso N°11

Tribunal: ICA Valparaíso	Año: 2016
Sala: Quinta	Fecha: 20 de junio 2016
ROL N°: 856-2016	Recurso: Nulidad

Tema Destacado

Configuración del delito de fraude al fisco con verificación de los elementos del tipo y sumando además aquella infracción al deber que consiste en un tipo de administración desleal.

Razonamiento del tribunal

El tribunal rechaza el recurso de nulidad en tanto, el acusado argumentó que el delito que había cometido no consiste en el delito del Artículo 239, en tanto es un delito de resultado y que por su especial categoría de delito especial, sólo puede ser cometido por un intraneus, en

tanto sostiene que el eje de la imputación consiste en la comisión de un delito de medio, el delito de falsificación y uso malicioso de instrumento público para permitir la defraudación fiscal y que fue absuelto de la imputación de estos delitos por el tribunal de primera instancia. Que el delito de medios es condición sine qua non para que el acusado tenga calidad de intraneus en el delito de fraude al fisco, lo que en definitiva consiste en una falla de la condición lo que hace imposible que sea autor del delito de fraude al Fisco, ya que éste requiere que se cumplan una serie de condiciones para su ejecución, pues se exige que éste sea un funcionario público competente, en el ejercicio propio de sus funciones, cual no es el caso.

El tribunal considera que el fallo de primera instancia está en lo correcto puesto que el fallo da cuenta de una dinámica defraudatoria referida a determinadas operaciones en que el funcionario público interviene por razón de su cargo no encuadradas como falsificación de instrumento público o su uso malicioso-, consintiendo, por la vía del ardid y del incumplimiento de deberes funcionarios, en que se defraudara al Fisco. Además señala que conforme a los hechos asentados por el tribunal a quo, se configuraron los elementos objetivos y subjetivos que exige el fraude al Fisco, contemplado en el artículo 239 del Código Penal, desde que el ilícito se perpetró por un funcionario público en las operaciones que interviene, por razón de su cargo, consintiendo en que se defraudara al Estado, originándose una pérdida o menoscabo patrimonial al interés público, confirmando la doctrina moderna ,que señala que para la comisión del delito de fraude al fisco, basta el mero perjuicio patrimonial y no solo el beneficio y aprovechamiento patrimonial del comitente.

Caso N°12

Tribunal: Corte de apelaciones de Concepción	Año: 2014
Sala: cuarta	Fecha: 12 de abril de 2014
ROL N°: 757-2013	Recurso: Recurso de nulidad

Tema destacado

Se otorga un sentido amplio a la conducta típica defraudar o consentir que se defraude, entendiendo que puede ser mediante engaño o incumplimiento de deberes.

Razonamiento del tribunal

La corte apelaciones respectiva estima necesario realizar un análisis profundo de los distintos elementos que componen el delito de fraude al fisco del artículo 239, en razón de esto, en su considerando número 59 nos habla sobre que el bien jurídico protegido es la probidad administrativa, ya que, al funcionario público se le exige un honesto y leal desempeño de sus funciones velando siempre por el patrimonio del fisco.

Luego en su considerando número 60, en cuanto a la conducta típica defraudar o consentir que se defraude, la corte es tajante al decirnos que esto no debe entenderse solamente como engañar a la víctima o permitir que un tercero engañe, puesto que, el incumplimiento de deberes también constituye una modalidad apta para cometer el delito de fraude al fisco. Para lo anterior la corte se basa en que el propio artículo 239 del código penal no menciona ninguna forma específica de comisión y que entiende que lo que el legislador trató de hacer con este artículo es darle la mayor amplitud posible al no establecer un medio específico y las circunstancias para cometer el delito.

La corte continuando con el razonamiento anterior mediante una cita de algunos autores no dice que “tal engaño no necesariamente debe constituir una acabada mise en scene. Incluso, se estima que el perjuicio puede provenir del incumplimiento de los deberes funcionarios, aunque no exista propiamente un engaño, si bien habitualmente habrá al menos una mentira”. Una cita muy interesante, puesto que, con esto la corte nos está diciendo que el modo de comisión del delito mediante el engaño no es suficiente para englobar la totalidad de las situaciones que el legislador tenía pensando a la hora de establecer la conducta típica defraudar o permitir que se defraude, Con lo anterior también podríamos decir que para la corte la doctrina tradicional, en cuanto al trato del artículo 239 como forma especial de estafa, ya no es suficiente y por lo cual considera que el delito puede ser tratado tanto como una forma de administración desleal como una forma especial de estafa.

Caso N°13

Tribunal: Corte de apelaciones de Talca	Año: 2017
Sala: segunda	Fecha: 06 de junio de 2017
ROL N°: 485-2017	Recurso: Recurso de nulidad

Tema destacado

Uso de las dos doctrinas sobre la conducta típica defraudar o consentir que se defraude, entendiéndose que puede ser mediante engaño o incumplimiento de deberes.

Razonamiento del tribunal

La corte de Apelaciones razona, en su trigésimo tercer considerando, en sentido de que el tipo penal del artículo 239 por el cual se le habría condenado al imputado, en primera instancia, requiere de un dolo directo cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones mediante un engaño o incumplimiento de deberes con el fin de apropiarse una suma de dinero, dando como resultado un perjuicio patrimonial para el fisco. Si bien la corte no lo dice expresamente, a través de su argumentación es posible vislumbrar que se le está dando un sentido amplio a la conducta típica “defraudar o consentir que se defraude”, si bien el artículo 239 no menciona nada al respecto de la forma comisiva para defraudar, la corte lo ha entendido en un sentido amplio abarcando ambas doctrinas que se analizaron en el capítulo dos de la presente tesis.

Que, en el caso de autos, si bien el imputado recibió sumas de dinero defraudando a la municipalidad de Curicó, no fue posible acreditar que el concejal defraudó en el ejercicio de sus funciones y mediante un engaño o incumplimiento de deberes con ánimo perjudicar a la municipalidad, y como bien dice la corte, el delito de fraude al fisco requiere de dolo directo como un elemento esencial, puesto que este delito no admite una forma culposa de comisión, y que al excluir este elemento penal no es posible configurar el delito de fraude al fisco.

Caso N°14

Tribunal: Corte Suprema	Año: 2017
Sala: segunda	Fecha: 07 de febrero 2018
ROL N°: 44547-2017	Recurso: Recurso de nulidad

Tema destacado

Aplicación de la doctrina minoritaria que señala que el engaño no necesita un especial ardid o un engaño hacia otra persona

Razonamiento del tribunal

La parte recurrente señala en su recurso, que la sección del fallo de primera instancia, que acredita el engaño como elemento integrante del tipo penal, solo se basa con los dichos de dos testigos de dos departamentos del Municipio, en circunstancias que la operación que involucra el decreto de la expedición del pago involucra a más órganos de la Municipalidad y cuyos jefes no declararon, utilizando este motivo como motivo absoluto de nulidad por la causal del artículo 374 letra e) del Código de Procesal Penal.

La corte señala que siguiendo lo que también argumentan los acusadores va más allá de las proposiciones fácticas de la acusación, pues ella no se extiende al posible engaño a otros departamentos municipales, bastando para colmar los extremos del tipo penal, que la certificación que en cada caso realizó el acusado en su desempeño funcionario, sirvió para acreditar falsamente que los servicios se prestaron, hecho que antecede y determina el pago.

Que, sin perjuicio de lo anterior, La corte señala que el fraude al fisco es una estafa calificada por la intervención del empleado público. En éste, “el engaño no requiere de un ardid especial, porque precisamente, debido a la posición del funcionario, la dinámica defraudatoria

no pasa necesariamente por el despliegue de un engaño hacia otra persona, ya que es por definición el funcionario con capacidad de decidir el resultado del proceso por su intervención en él quien realiza la apropiación fraudulenta, es decir, a dicho funcionario le compete la determinación o vigilancia de lo que el Estado debe recibir o, si éste está obligado a una contraprestación, de lo que el Estado entrega a particulares”.

Que el fundamento de la sentencia en su considerando Décimo Octavo, señala que el tipo penal exige alguna clase de engaño por la cual se causa un perjuicio, engaño que no necesariamente debe constituir una acabada puesta en escena, de tal forma que incluso el perjuicio puede venir de un incumplimiento de los deberes funcionarios, aunque no exista como tal un engaño, constanding para esto al menos en una mentira, de tal manera la jurisprudencia lo ha interpretado, que se refiere al engaño, abuso de confianza o mala fe del funcionario, sin un especial ardid de su parte. Solo precisa, en virtud de la posición del funcionario, la dinámica defraudatoria no pasa necesariamente por el despliegue de un engaño hacia otra persona, por lo que, en razón de esta explicación dogmática del delito, permite que, en la sentencia de primera instancia, los hechos establecidos en ella tengan plena cabida, por lo que el fundamento de la motivación para solicitar nulidad absoluta debe ser rechazada.

6 Conclusión

Con la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico del tipo penal de la administración desleal, una parte de la doctrina ha llegado de cierta manera a reinterpretar el delito de fraude al fisco como una especie de administración desleal. Para Hernández, por ejemplo, esta es la mejor interpretación del Artículo 239. Mañalich es más tajante aún, puesto que señala que deberían abandonar sin reserva alguna la idea que el delito tipificado en el artículo 239, pudiera ser considerada como la estructura de estafa.

Esta interpretación no es extraña para nuestra jurisprudencia y doctrina, de hecho ha sido rotulada con otros nombres tales como “abuso de de confianza” o “infracción de deberes funcionarios”, atribuyendo de esta manera a que el funcionario público en el ejercicio de las atribuciones de su cargo, solo sea necesario una infracción de sus deberes, ya sea con el fin de distraer dineros, consentir que terceros lo hagan o simplemente omitiendo acciones o no ejerciendo acciones que traen como consecuencia algún tipo de perjuicio económico al patrimonio fiscal.

Esta interpretación del delito de fraude al fisco como una especie de administración desleal, reconsidera el tipo penal, en cuanto ya no consiste solo en un aprovechamiento patrimonial del agente, sino más bien considera este delito como un delito de mero perjuicio patrimonial, en tanto esta interpretación considera que el delito de fraude al fisco, es una vulneración del principio de probidad y por lo tanto exige apartarse del estándar del desempeño de sus funciones, implicando una falta de fidelidad en la gestión del patrimonio público, sin necesidad inclusive de pretender algún tipo de beneficio económico.

Esta nueva interpretación, viene a solucionar un problema detectado por la doctrina, en cuanto la interpretación tradicional del artículo 239 del CP ciertamente identifica a los sujetos activos como funcionarios y al sujeto pasivo referente al Estado, tensiona los límites de tal forma que es susceptible de muchas dudas razonables, debido a que si efectivamente se trata de un caso de estafa, no puede cometer delito el funcionario que dispone directamente sobre el patrimonio estatal, sino más bien, sólo podría ser cometido por aquel funcionario que engaña a otro funcionario.

En relación de la estructura del delito de fraude al Fisco, está circunscrita a solo ciertos elementos e hipótesis de administración desleal, es decir, que tenga como ámbito de aplicación la protección del patrimonio público y que sea aplicable sólo cuando intervienen funcionarios públicos. La introducción de la ley 21.121 sobre el delito de administración desleal, soluciona el problema que acarrea adoptar el tipo penal del delito de fraude al fisco, por su indeterminación y falta de claridad a la hora de enfrentar el problema de la limitación de la estructura típica del delito fraude y sus vacíos de punibilidad.

7 Listado bibliográfico.

Queralt Jiménez, J. J., (2002). Derecho penal español: parte especial. 4a ed. Barcelona: Tirant.

Morales Peña, R., (2006). “El nuevo tipo penal de enriquecimiento ilícito del Artículo 241 bis del Código Penal”. En Revista Comentarios Jurídicos y de Actualidad, de la Unidad Especializada en delitos funcionarios y probidad pública, del Ministerio Público. Santiago, Chile, N°3, pp 5-6.

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

Craig Meneses, J. L., (2011). Delitos funcionarios: responsabilidad penal versus responsabilidad administrativa [en línea]. www.dpp.cl. [Consultado el 26 de diciembre de 2022]. Disponible en: https://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/3303/delitos-funcionarios-responsabilidad-penal-versus-responsabilidad-administrativa.

Garrido Montt, M., (2003). Derecho Penal: parte general. 3a ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Mayer Lux, L., (2007). El patrimonio del estado como objeto de protección penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile, N°29, p.7.

Donna, E. A., (2003). Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Buenos aires: Rubinzal-Culzoni.

Politoff, S., Matus, J. P. y Ramírez, M. C., (2005). Lecciones de Derecho Penal Chileno. Tomo II Parte Especial. 2a ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

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

Oficio N.º 142. (2000) Ministerio Público, Fiscalía Nacional. Instructivo general N.º 10 sobre la investigación de los delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos. Santiago.

Reyes, Javiera (2003). Delitos funcionarios que consisten en la falta de probidad”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, Chile.

Figuerola Ortega, Y., (2008). La Concepción de Roxin sobre el delito de infracción de deber. En: Delitos de infracción de deber. Editorial Dykinson. pp. 25–72.

Hernández Basualto, H., (2005). La administración desleal en el derecho penal chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. 26, N° 1.

Balmaceda Hoyos, G., (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. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. 19(2), 45–81.

Mañalich, J. (2012), “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, en *Política Criminal*, vol. 7, núm.

Flores Cortés, V. J., (2022). Delito de administración desleal. Definición del tipo, regulación nacional y Derecho Comparado, Asesoría Técnica Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile [en línea]. www.bcn.cl. [Consultado el 26 de diciembre de 2022]. Disponible en:

https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/32920/2/BCN_Delitos_de_administracion_desleal_Valentina_Flores_1.pdf

Jurisprudencia

Caso N°1: Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia (2019): caso Ilustre Municipalidad de Río Negro vs Carlos Sschwalm

Caso N°2: Resolución de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas (2015): caso desafuero; Ministerio Público con Senador Carlos Bianchi

Caso N°3: Sentencia Corte Suprema de Justicia (2015): Ferrocarriles del Estado vs Claudio Ejenjo.

Caso N°4: Sentencia Corte Suprema de Justicia (2016): Consejo de Defensa del Estado vs Hector Veliz y otros.

Caso N°5: Sentencia Corte Suprema de Justicia (2006): Consejo de Defensa del Estado vs José Miguel Fritis y otros.

Caso N°6: Sentencia Corte Suprema de Justicia (2015): Consejo de Defensa del Estado vs Isidoro Camacho y otros.

Caso N°7: Sentencia Corte Suprema de Justicia (2012): Consejo de Defensa del Estado vs Claudio Carreño y otros

Caso N°8: Sentencia Corte Suprema de Justicia (2012): Consejo de Defensa del Estado vs Ernesto Wittman y otros.

Caso N°9: Sentencia Corte Suprema de Justicia (2015): Consejo de Defensa del estado vs Vallejos Vergara y otros.

Caso N°10: Sentencia Corte Suprema de Justicia: Ministerio público Antofagasta vs Karen Paulina Rojo Venegas.

Caso N°11: Sentencia Corte de Apelaciones Valparaíso: Consejo de defensa del Estado vs José Miguel Carrasco Núñez.

Caso N°12: Sentencia Corte de Apelaciones Concepción: Ministerio Publico vs Alamiro Diaz Lagos y Sandra Pérez Salinas.

Caso N°13: Sentencia Corte de Apelaciones Talca: Ministerio público y querellantes vs María Arellano Navarro y Julieta Maureira Lagos.

Caso N°14: Sentencia Corte Suprema de Justicia (2018) Consejo de Defensa del Estado vs Buzeta Novoa.