



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Mayer Lux, Laura

Obtención fraudulenta de prestaciones estatales

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXII, 2009, pp. 283-325

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173613293008>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

3.

Derecho penal

Revista de Derecho
 de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
 XXXII (Valparaíso, Chile, 1^{er} Semestre de 2009)
 [pp. 283 - 325]

OBTENCIÓN FRAUDULENTA DE
 PRESTACIONES ESTATALES*
 [“Fraudulent Acquisition of State Benefits”]

LAURA MAYER LUX**

RESUMEN

El presente trabajo efectúa un examen crítico al tipo de obtención fraudulenta de prestaciones estatales regulado en el numeral 8 del artículo 470 del *Código Penal* chileno, también conocido como “fraude de subvenciones” a nivel doctrinal. Con este objeto, se analiza el bien jurídico protegido por dicha figura, la conducta típica sancionada, la consumación y las formas imperfectas de ejecución, las posibles causales de justificación de la misma, la penalidad aplicable y las relaciones concursales existentes entre

ABSTRACT

This work critically analyzes the type of fraudulent acquisition of state benefits regulated in number 8 of article 470 of the Chilean *Criminal Code*, also known as “subsidy fraud” at the doctrinal level. With this purpose, the juridical right protected by this doctrine, the typical sanctioned conduct, completion and the imperfect forms of execution, possible causes of justification, applicable punishment and the existing bidding relationships between this one and other criminal types are analyzed. Finally, the

* Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de Investigación FONDECYT N° 1060816, sobre el tema “Protección penal del patrimonio público: estudio dogmático y crítico”, desarrollado en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, bajo la dirección del profesor Dr. Luis Rodríguez Collao, en el que la autora se desempeña como ayudante de investigación.

** Alumna del programa de doctorado en derecho de la Universidad de Bonn. Becaria del programa chileno-alemán de intercambio estudiantil DAAD-CONYCIT. Dirección Postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo Electrónico: lauramayer@gmx.net

ésta y otros tipos penales. Finalmente, se plantea, la necesidad de dotarla de una regulación autónoma y diferenciada —fuera de las disposiciones atingentes a la estafa—, que ponga de relieve el interés que ella protege y sea coherente con las normas relativas a otras figuras penales protectoras del patrimonio fiscal.

PALABRAS CLAVE: Subvenciones estatales - Fraude de subvenciones - Patrimonio público - Patrimonio fiscal - Hacienda pública - Falsedad documental – Estafa - Delitos tributarios - Delitos aduaneros.

need of providing an autonomous and differentiated regulation—outside the disposition related to fraud—is raised, in order to point out the interest protected by it and so that it is coherent with the rules regarding other criminal concepts protecting the fiscal patrimony.

KEYWORDS: State subsidies – Subsidy fraud – Public Patrimony – Fiscal Patrimony – Public treasury – Documentary falsehood – Fraud – Tax crimes – Customs crimes.

I. REGULACIÓN DEL DELITO EN EL DERECHO CHILENO

El delito de obtención fraudulenta de prestaciones estatales fue incorporado en nuestro *Código Penal* en 1980, por el Decreto Ley N° 3.443, mediante la adición de un nuevo numeral —el 8º— al artículo 470, sancionando así, con las penas del artículo 467 del citado *Código*: “*a los que fraudulentamente obtuvieren del Fisco, de las municipalidades, de las cajas de previsión y de las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado, prestaciones improcedentes, tales como remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas*”.

La inclusión de este precepto tiene perfecta explicación y encuentra su fundamento en el aumento de la normativa dictada en materia de fomento² y la consecuente generalización de la política de subsidios de todo tipo

¹ Cabe hacer presente, que este mismo Decreto Ley incorporó, al *Código Tributario*, el tipo del inciso tercero del número 4 del artículo 97. Ahora bien, la pena más grave aplicable al delito del número 8 del artículo 470 CP., es la de presidio menor en su grado medio a máximo, sugiriendo que, para el legislador, posee un mayor desvalor el hecho de obtener devoluciones indebidas de impuestos que el de obtener devoluciones del Fisco que tengan otro origen. Para UGALDE PRIETO, Rodrigo - GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Curso sobre delitos e infracciones tributarias* (Santiago, LexisNexis, 2005), p. 30, “ésta no parece una razón suficiente, que justifique la disparidad en la sanción en uno y en otro caso”.

² SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia, *El delito de fraude de subvenciones en el nuevo Código Penal* (Madrid, Editorial Colex, 1997), p. 85. Como destaca FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *La subvención: concepto y régimen jurídico* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983), p. 232, la Administración, a través de su actividad de fomento, pone en práctica técnicas encaminadas a cumplir ciertos objetivos, sin necesidad de asumir directamente la gestión de los medios dirigidos a alcanzarlos ni, por ende, el montaje de

administrados por el Estado³, si bien su actual redacción no sería sino una especificación de la regla general, que reconoce expresamente las dos formas de disposición patrimonial: la entrega efectiva, en los casos en que se obtienen fraudulentamente tales remuneraciones, devoluciones, etc.; y la renuncia al cobro, en los casos en que fraudulentamente se realizan “*imputaciones indebidas*”⁴. Como sea, fuera de la regulación contemplada en el *Código Penal*, el catálogo de leyes que contienen supuestos especiales de fraudes de subvenciones es extenso y variado. En efecto, la misma figura se reproduce en numerosas disposiciones que otorgan beneficios fiscales⁵, caracterizadas, muchas de ellas, por reducir el engaño exigido para la defraudación a la simple presentación de datos falsos para obtenerlas, al ocultamiento de información u otras modalidades semejantes; por alterar, además, la pena aplicable, no vinculándola al monto de lo defraudado⁶; y aun, eliminando el requisito del perjuicio⁷, transformando el delito en uno consistente en la sola entrega de documentos o datos falsos, el ocultamiento de los verdaderos u otros semejantes, pero sin esperar la producción de un daño en el patrimonio fiscal para entenderlos consumados⁸.

El *Anteproyecto de Código Penal* de 2005, mantiene prácticamente invariable la actual regulación de esta figura⁹, si bien modifica su ubicación,

determinados servicios públicos; actividad en la que el dirigismo y el intervencionismo quedan suplantados por otras medidas destinadas a que sean los propios administrados los que libremente colaboren en el cumplimiento de fines considerados convenientes y deseables, mediante orientaciones y persuasiones efectuadas por incentivos de carácter económico.

³ QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial* (Barcelona, Bosch, 1992), p. 447.

⁴ POLITOFF, Sergio - MATUS, Jean Pierre - RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), p. 448.

⁵ Así, la Ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; la Ley N° 19.465, que establece el sistema de salud de las Fuerzas Armadas; o la Ley N° 19.518, que fija un nuevo estatuto de capacitación y empleo.

⁶ Así, el artículo 27 de la Ley N° 19.728, que establece un Seguro de Desempleo.

⁷ En ese orden de ideas, el inciso décimo tercero del artículo 8 de la Ley N° 19.532, que crea el régimen de jornada escolar completa diurna y dicta normas para su aplicación.

⁸ POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. (n. 4), pp. 448 y 449.

⁹ Artículo 335 del *Anteproyecto de Código Penal Chileno* de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal. *Polít. crim.* N° 1, D1, pp. 1-92. “*El que mediante engaño obtenga del Fisco, de las Municipalidades, de las Cajas de Previsión y de las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado, prestaciones improcedentes, tales como remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio. En casos espe-*

trasladándola desde el apartado destinado a los *Crímenes y simples delitos contra la propiedad* (título 9º del libro II del *Código Penal* vigente), a la sección en que dicho texto pre-legislativo regula los *Delitos contra la propiedad intelectual, la propiedad industrial, el sistema financiero y otros intereses económicos*, resaltando en cierta medida el carácter colectivo del objeto jurídico de protección, pero sin destacar el atentado contra la *Hacienda Pública* que esta figura representa, en tanto la sitúa junto a un grupo de delitos que escasos puntos de conexión tienen entre sí, como ciertas figuras contra la propiedad intelectual e industrial, el espionaje y la comunicación indebida de secretos de empresa, las insolvencias punibles, la usura, los delitos tributarios, el contrabando y otros delitos aduaneros, los delitos societarios y los delitos contra el mercado de valores.

II. REGULACIÓN DEL DELITO EN EL DERECHO COMPARADO

Al igual como acontece en el ordenamiento jurídico chileno, el *Código Penal* alemán –y no una ley especial– consagra la *estafa de subvenciones* (§ 264), figura que se centra en la idea de suministrar datos incorrectos o incompletos sobre hechos relevantes¹⁰ para la subvención de que se trate¹¹, a la autoridad competente para aprobarla o concederla; que prevé penas de hasta cinco años de privación de libertad¹² y que ha sido catalogado como un

cialmente graves en atención al monto del perjuicio se podrá aumentar la pena en un grado”.

¹⁰ Relevantes para la subvención son los hechos que por medio de una ley, o con base en una ley, se hayan denominado relevantes para la subvención, por el otorgante de la misma; o de los cuales depende legalmente la autorización, el otorgamiento, la reclamación o la prórroga de una subvención, o de una ventaja de subvención.

¹¹ Cabe hacer presente que, a los efectos de esta disposición se considera subvención toda prestación con cargo a fondos públicos, otorgada en virtud de normas jurídicas del Estado Federal y dirigida a explotaciones o empresas, que al menos en parte: 1) se conceda sin una contraprestación como las que rigen en el mercado, y 2) sirva a la promoción de la economía” (§ 264 StGB, párrafo 6). Como puede advertirse, este precepto excluye a las ayudas de carácter social, cultural, tecnológico, etc., así como los beneficios estatales indirectos, salvo que se estime, como suficiente, una lejana influencia de tipo económico para asumir que se ha producido un estímulo parcial a la economía en el sentido de la tipificación de la figura delictiva, como apunta OEHLER, Dietrich, *El fraude en las subvenciones*, en Barbero Santos (editor): *Los delitos socio-económicos* (Madrid, Edición de Marino Barbero Santos, Universidad de Madrid, 1985), p. 309.

¹² O de diez años de privación de libertad, tratándose de los casos especialmente graves previstos en el párrafo segundo, como la utilización de documentos falsificados para obtener una subvención de grandes proporciones; el abuso de competencias o de la posición como titular de un cargo; o el aprovechamiento de la colaboración de un titular del cargo, abusando de sus competencias o de su posición.

*delito de peligro abstracto*¹³, destinado a proteger tanto el patrimonio público, como los intereses generales en la eficiencia del fomento económico estatal¹⁴. Cabe hacer presente que la figura del § 264 del *Código Penal* alemán no se limita a proteger los supuestos en que se actúa con dolo, sino que se extiende –en el párrafo tercero– a las comisiones imprudentes, lo que ha sido fuertemente criticado por parte de la doctrina, pues se estima que contradice los principios de culpabilidad e intervención mínima¹⁵. Por otra parte, el tipo no se restringe a los medios financieros de organismos nacionales, abarcando

¹³ SCHÖNKE, Adolf - SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch. Kommentar* (25^a edición, München, Beck, 1997), § 264, número marginal 5. Asimismo, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel - BACIGALUPO, Silvina, *Delitos contra la Hacienda Pública* (Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000), p. 157. Como destaca OEHLER, *El fraude*, cit. (n. 11), pp. 305 y 306, en la figura alemana, es suficiente para la obtención fraudulenta de subvenciones el engaño a las autoridades que las conceden mediante la presentación de datos inexacts o incompletos por parte del autor, equiparándose a este acto, como acción delictiva, el engaño producido mediante la declaración omitida de hechos relevantes para la obtención de la subvención, o bien el hacer uso de certificaciones relativas a derechos de subvención que hayan podido obtenerse mediante datos inexacts, y careciendo de importancia a efectos de la penalización el que realmente se haya obtenido la subvención. “...sobre todo resulta irrelevante, para el hecho delictivo calificado por el artículo 264 del *Código Penal* alemán, el que de las manipulaciones llevadas a cabo por el autor del hecho se haya derivado algún tipo de daño para el otorgante de la subvención”. Sin embargo, como él mismo advierte, “existe la posibilidad, de acuerdo con el párrafo 4, de que el autor del engaño eluda la penalidad mediante su comportamiento posterior a haber cometido el mismo. El requisito para ello es que impida voluntariamente que se le haga efectiva la subvención que se le ha concedido sobre la base de los datos falsos que ha presentado a la autoridad correspondiente. Como mínimo, cuando la subvención no se le haya concedido de todas maneras, sin que esa negativa se deba a su intervención, tendrá que haber realizado serios intentos encaminados a evitar que se le concediera”.

¹⁴ KINDEHÄUSER, Urs, *Strafrecht. Besonderer Teil* (Baden-Baden, Nomos, 2005), II, p. 239. En la misma línea, RENGIER, Rudolf, *Strafrecht. Besonderer Teil* (München, Beck, 2000), I, p. 229.

¹⁵ OEHLER, *El fraude*, cit. (n. 11), en pp. 313 y 314, se hace cargo de estos cuestionamientos, aduciendo que se trata de una pieza necesaria y clave que vino a resolver los problemas probatorios que presentaba la figura. Igualmente, destaca que la penalidad del comportamiento imprudente se justifica por el hecho de que las subvenciones generalmente se conceden para realizar objetivos de bien común, lo que obliga al beneficiario a actuar con especial diligencia, a fin de que su comportamiento no se haga merecedor de una sanción penal. Con todo, reconoce que el precepto debe aplicarse restrictivamente, a casos especialmente graves en que la imprudencia se encuentre cercana a los límites del dolo. Como advierte SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito*, cit. (n. 2), pp. 335 y 336, la punibilidad de la imprudencia grave en la omisión de datos o en la incorrecta presentación de los mismos es considerada, por cierta doctrina, como elemento fundamental en la represión del fraude de subvenciones, por cuanto impide al sujeto beneficiario alegar error, evitando así la imposición de la pena.

también los de la Comunidad Europea y castigando, consecuentemente, la obtención fraudulenta de subvenciones con independencia de que los medios los aporte aquélla o alguno de sus Estados miembros. Asimismo, carecería de importancia cuál sea el organismo que paga o gestiona la ayuda estatal, contemplándose incluso el castigo respecto de los institutos de crédito de derecho privado.

Recurriendo a un modelo de tipificación similar al alemán, el artículo 640 bis del *Código Penal* italiano castiga un supuesto de estafa agravada “por la obtención de ayudas públicas”, término que alude a cualquier clase de ayuda que sea otorgada por el Estado, por otros entes públicos o por la Comunidad Europea. En este caso, la pena privativa de libertad a aplicar es la de reclusión de uno a seis años. Asimismo, el *Código Penal* italiano sanciona, en su artículo 316 bis¹⁶, la malversación de fondos públicos por un particular que accede a los mismos mediante ayudas institucionales, sólo que en este caso la pena a imponer es la de reclusión de seis a cuatro años.

En fin, en el Derecho francés, las conductas fraudulentas en el ámbito de las subvenciones no se encuentran sancionadas a través de un tipo específico, debiendo reconducirse su castigo al tipo común de estafa, tipificado en el artículo 405 del *Código Penal* de ese país¹⁷, con pena de multa y de prisión de uno a cinco años. Fuera de ello, para sancionar los casos de disfrute indebido de subvenciones, de utilización de las mismas para fines distintos de los previstos o de incumplimiento de las condiciones exigidas en las disposiciones reguladoras del fenómeno subvencional, habrá que recurrir al tipo que incrimina el abuso de confianza, a lo que se agrega una serie de figuras especiales referidas a sectores muy concretos de la economía¹⁸, bastante

¹⁶ Dicho precepto, que castiga la *malversación en perjuicio del Estado*, sanciona a quien, ajeno a la Administración Pública, habiendo obtenido del Estado, o de otro ente público, o de la Comunidad Europea, entregas, subvenciones o financiaciones destinadas a favorecer iniciativas dirigidas a la realización de obras o al desarrollo de una actividad de interés público, no las destine a la finalidad prevista. Como puede advertirse, esta norma no sanciona una conducta fraudulenta en sentido estricto, sino la aplicación de los fondos obtenidos a finalidades distintas de las establecidas.

¹⁷ Dicha norma, castiga al que, haciendo uso de nombres falsos o cualidades falsas, poder o crédito imaginario o para hacer nacer la esperanza o creencia en un hecho, accidente u otro suceso quimérico, se haga remitir o librar o haya intentado hacerse remitir o librar fondos, bienes muebles u obligaciones, disposiciones, billetes, promesas, recibos o dispensas de crédito, y haya por uno de estos medios defraudado o intentado defraudar la totalidad o parte de la fortuna de otro.

¹⁸ En esa línea, el artículo 1 de la Ley francesa de 27 de septiembre de 1941, según la cual, quien haya suscrito una declaración conscientemente inexacta o incompleta con vistas a obtener del Estado, de los Departamentos, Municipios o colectividades públicas un pago o ventaja cualquiera indebida, o un pago en fraude de los derechos de un acreedor regularmente garantizado o contrario, será sancionado con prisión de uno a cinco

ligadas a las falsedades, pero que también pueden ser aplicadas a supuestos de fraude de subvenciones¹⁹.

La legislación española, en cambio, si bien regula el fraude de subvenciones (artículo 308.1 y 2) y el fraude contra los presupuestos generales de la Comunidad Europea (artículo 309) en el *Código Penal*, lo hace en un título especial del libro II de dicho cuerpo normativo –el título 14º–, dedicado a los llamados “Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”²⁰, fórmula ésta que no ha estado exenta de críticas por parte de la doctrina²¹, pero que sitúa a esta figura dentro de un sistema penal protector

años y multa de 300 a 10.000 francos o a una de estas penas. O bien, la Ley francesa 68-690, de 31 de julio de 1968, relativa a normas de carácter económico y financiero, en virtud de la cual, el que haya llevado a cabo conscientemente indicaciones inexactas o incompletas en la declaración exigida con vistas a obtener del Estado, de colectividades locales, de uno de los servicios u organismos señalados en el parágrafo 4 (organismos y servicios fijados por decreto) un pago o ventaja cualquiera indebida será sancionado con prisión de uno a cuatro años y pena de multa de 2.000 francos a 60.000 francos o a una de estas penas.

¹⁹ SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito*, cit. (n. 2), pp. 336-338.

²⁰ GRACIA MARTÍN, Luis, *Las infracciones de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal* (Madrid, Trivium, 1990), p. 9, destaca esta particularidad de la legislación española, señalando: “Como puede observarse, la agrupación sistemática de los delitos tributarios y los relativos al fraude y malversación de subvenciones en un mismo título del *Código Penal* constituye el rasgo peculiar de nuestro ordenamiento en este ámbito”.

²¹ En esa línea, BAJO FERNÁNDEZ - BACIGALUPO, *Delitos*, cit. (n. 13), “Prólogo”, pp. XIII ss., han manifestado, que: “los delitos contra la Hacienda Pública no son más que un pegote o apósito que aparece en el *Código Penal* con la pretensión de someterse a los mismos principios y reglas que los delitos tradicionales de homicidio, lesiones, violación y robo, con escaso éxito. [...] Los delitos contra la Hacienda Pública son urdidos en los despachos de funcionarios de Hacienda acostumbrados a batallar por la recaudación y pensar en métodos y fines muy diversos a los de un criminalista y ajenos a las cuestiones fundamentales del Derecho penal sustantivo y adjetivo”. No obstante, para BOIX REIG, Javier - MIRA BENAVENT, Javier, *Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2000), pp. 11 y 12, esta crítica puede superarse pues: “los delitos contra la Hacienda Pública, en cuanto tales *delitos*, deben ser tratados y considerados como cualquier otra clase de infracción penal, sin que puedan proyectarse sobre ellos técnicas, finalidades y presunciones propias del ámbito administrativo-tributario”. Con todo, al igual que Bajo Fernández, creemos que un *Código Penal* no puede ser elaborado en diferentes Ministerios o Carteras. Los delitos contra el patrimonio público deben ser confeccionados por la misma mano que el resto del *Código*, pues ello permite evitar posibles errores en la técnica legislativa. BAJO FERNÁNDEZ - BACIGALUPO, *Delitos*, cit. (n. 13), “Prólogo”, pp. XIII ss. En otra línea, GRACIA MARTÍN, *Las infracciones*, cit. (n. 20), p. 9, destaca cómo la doctrina española, en general, ha reaccionado favorablemente ante la sistemática por la que ha optado el legislador de ese país, en particular, frente al hecho de agrupar bajo una misma rúbrica (“*Delitos contra la Hacienda Pública*”) los delitos tributarios y los relativos al fraude y malversación de subvenciones. “De una

del patrimonio fiscal, con un claro sentido supraindividual, alejándose de la regulación chilena, que antes de prever un verdadero delito contra la Hacienda Pública, contempla una estafa común cualificada por el sujeto pasivo y por el objeto material sobre el cual recae la conducta típica²². Como sea, tanto las conductas del artículo 308 como aquella consagrada en el artículo 309 del *Código Penal* español son castigadas con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de su importe.

Finalmente, a la inversa de lo que acontece en España, la legislación penal argentina consagra el delito de fraude de subvenciones en una regulación especial: el régimen penal tributario de la Ley N° 24.769²³, normativa dedicada a tutelar a la Hacienda Pública, tanto en su vertiente de ingresos como de gastos. Así, dentro del grupo de figuras delictivas de índole tributaria, contempla un supuesto de *aprovechamiento indebido de subsidios* (artículo 3) y otro de *obtención fraudulenta de beneficios fiscales* (artículo 4), existiendo entre ambas figuras una relación de medio a fin²⁴. Salvo la hipótesis de obtención fraudulenta de beneficios estatales del artículo 4º, los demás son delitos de daño, que suponen un detimento efectivo de la Hacienda Fiscal²⁵, en la línea de la figura chilena consagrada en el numeral 8 del artículo 470 CP.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1. La Hacienda Pública o el Erario Público.

Un importante sector de la doctrina plantea una tesis unitaria del interés tutelado por el fraude de subvenciones y los delitos tributarios, en el sentido de que el bien jurídico protegido por uno y otros estaría constituido por el

parte [...] no cabe desconocer la estrecha relación existente entre ambas clases de delitos. De otra, la rúbrica en cuestión proporciona homogeneidad a todas las figuras delictivas que comprende, permite fijar para ellas un objeto genérico de protección –la Hacienda Pública– y facilita, por ello, la interpretación de los distintos tipos singulares”.

²² En ese sentido, GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), IV, p. 357, califica a este delito como “una forma especial de estafar”.

²³ Promulgada de hecho el 13 de enero de 1997 y publicada en el BO. de 15 de enero de 1997.

²⁴ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel - BACIGALUPO, Silvina, *Delitos tributarios y previsionales* (Buenos Aires, Hammurabi, 2001), p. 239.

²⁵ DAMARCO, Jorge Héctor, *La criminalización de los ilícitos fiscales*, en INSTITUTO LATINO-AMERICANO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, *Actas das XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário* (Lisboa, Associação Fiscal Portuguesa, 1998), Libro 1, p. 56. Por su parte, a juicio de BAJO FERNÁNDEZ - BACIGALUPO, *Delitos tributarios*, cit. (n. 24), p. 239, el ámbito de la tutela penal alcanza la protección de las políticas de promoción de la producción nacional y las fuentes de trabajo, por parte del Estado Nacional.

patrimonio estatal²⁶, sólo que, en este caso, él no se identificaría con su vertiente de ingreso público, sino con la de *gasto* público²⁷, encontrándonos ante una auténtica cadena de obtención de ingresos y su posterior distribución, impulsada por el Estado, actividades que se presentan como extremos opuestos de todo un despliegue de leyes destinadas a que ambos fines se consigan adecuadamente, y cuya trasgresión justificaría la irrupción de esta rama del ordenamiento jurídico sólo en caso de alcanzar niveles socialmente intolerables, si queremos ser respetuosos del principio de intervención mínima²⁸.

Desde una perspectiva dinámica, el fraude de subvenciones lesiona la asignación equitativa de los recursos públicos a través de los subsidios estatales a particulares para el fomento de actividades económicas determinadas²⁹, la médula de uno de los métodos fundamentales de redistribución de los ingresos públicos en el desarrollo de la actividad de fomento de las Administraciones públicas y, consiguientemente, todo el orden económico estatal, a la vez que *puede* lesionar el patrimonio fiscal y las legítimas expectativas de los posibles subvencionados que verán cercenados sus derechos por las maniobras falaces del defraudador³⁰.

²⁶ GARRIDO MONTT, *Derecho penal*, cit. (n. 22), IV, p. 357.

²⁷ En ese orden de ideas, JAÉN VALLEJO, Manuel, *La protección penal en el ámbito de las subvenciones*, en BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal económico* (Buenos Aires, Hammurabi, 2005), p. 339, destacando las diferencias entre el fraude de subvenciones y el delito tributario señala que, mientras el primero produce salidas de dinero del Tesoro Público, el segundo afecta las entradas de dinero que deberían producirse en éste. Asimismo, MARTÍN QUERALT, Juan - LOZANO SERRANO, Carmelo, *Curso de Derecho Financiero y Tributario* (Madrid, Tecnos, 2005), p. 508; MORALES PRATS, Fermín, *De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, en QUINTERO OLIVARES - MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código Penal* (Navarra, 2005, Aranzadi), p. 1599; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Derecho penal español. Parte especial* (Madrid, Dykinson, 2005), p. 641; MORILLO MÉNDEZ, Antonio, *Infracciones, sanciones tributarias y delitos contra la Hacienda Pública. Serie Monografías fiscales* (Valencia, CISS Praxis, 2000), p. 325; MUÑOZ BAÑOS, Cipriano, *Infracciones tributarias y delitos contra la Hacienda Pública* (Madrid, Edersa, 1998), p. 438; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, cit. (n. 3), pp. 441 y 442;

²⁸ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis - CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, *Delitos contra la Hacienda Pública* (Madrid, Edersa, 2002), pp. 179 y 180. En sentido análogo, MORALES PRATS, *De los delitos*, cit. (n. 27), p. 1599; MORILLAS CUEVA, *Delitos*, cit. (n. 27), p. 641; MUÑOZ BAÑOS, *Infracciones*, cit. (n. 27), p. 438 y VALLS PRIETO, Javier, *De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social - artículo 308*, en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios al Código Penal* (Madrid, CESEJ, 2006), p. 110.

²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2004), p. 1048.

³⁰ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO - CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos*, cit. (n. 28), pp.

2. El fin del programa subvencional.

De otro lado, surge un planteamiento según el cual la tipificación del fraude de subvenciones está destinada a proteger “el correcto desenvolvimiento del sistema de ayudas públicas [...]”, esto es, el interés en la aplicación adecuada de las partidas presupuestarias que se afectan a los fines que inspiran los programas de ayudas instauradas por las Administraciones competentes”³¹. Para esta teoría, las figuras defraudatorias en el ámbito subvencional pretenden que el dinero público que la Administración pone en manos de particulares sea entregado exclusivamente a aquellas personas que cumplen las condiciones legalmente establecidas, así como que sea empleado en la obtención de los fines para los que fue concedido. “En el primer caso, el bien jurídico protegido queda delimitado en la obtención de esa transferencia patrimonial por las personas idóneas para su obtención y, en el segundo, se exige la diligencia precisa al particular que ha obtenido el dinero público para que, una vez cumplidas las condiciones establecidas, lo destine al cumplimiento de los fines para los que fue otorgado”³², ideas que han llevado a plantear, derechamente, el carácter *plurifensivo* de la figura, esto es, que el fraude de subvenciones, además de lesionar el patrimonio público, afecta “la consecución de la finalidad del programa subvencional”³³.

180, 181, 205 y 206.

³¹ ASÚA BATARRITA, Adela, *El delito de fraude de subvenciones*, en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios a la legislación penal* (Madrid, Edersa, 1997), p. 241. En el mismo orden de ideas, en AA.VV., *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública* (Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2004), p. 499, se estima que, además de la Hacienda Pública en sentido económico, la regulación del fraude de subvenciones protege el fin de carácter económico o social al que la subvención se refiere o, dicho de otra forma, la afección de la subvención al fin para el que fue otorgada. Sin embargo, en p. 500 de la obra citada se matiza este planteamiento, al indicar que, con esta figura delictiva, se protege a la Hacienda Pública y, dentro de ésta, el gasto público, realizado en este supuesto a través de la actividad subvencional como forma de la actuación clásica de fomento, destinada a la consecución de un fin, social o económico, de interés general.

³² MARTÍNEZ IZQUIERDO, Severino, *El delito fiscal, con legislación y jurisprudencia* (Madrid, Rialp, 1989), p. 97. En sentido análogo, BAIGÚN, David, *Integración regional y delitos económicos*, en *Teorías actuales en el Derecho penal* (Buenos Aires, AdHoc, 1998), p. 503, según quien, en el fraude de subvenciones, el perjuicio se produce no sólo cuando el organismo correspondiente entrega los fondos, sino también cuando se sustituye o se trastoca la finalidad de la subvención.

³³ GÓMEZ RIVERO, María Carmen, *El fraude de subvenciones* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1996), pp. 120 ss. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO - CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos*, cit. (n. 28), pp. 182-183, critican dicha postura pues el hecho de que, como consecuencia de la consumación de un delito de fraude de subvenciones, puedan ver-

Como sea, la importancia de las subvenciones en países como el nuestro es creciente y, en aquellos ordenamientos jurídicos en que se encuentran consolidadas se estima que pueden llegar a representar un importante instrumento del Estado para alcanzar un “orden económico y social justo”³⁴. Por otra parte, el patrimonio público –a diferencia de lo que acontece con el patrimonio de los particulares–, se caracteriza por su vinculación a fines que afectan el bien de la generalidad, que son establecidos normativamente y ajustados a disposiciones presupuestarias según los planes, proyectos y finalidades de la Administración³⁵. Dichos recursos fiscales no pueden concebirse estáticamente, como un conjunto cuyo mantenimiento deba protegerse, sino que están abocados al gasto y distribución en un flujo circulatorio constante, que no pretende la obtención de ganancias sino la satisfacción de los cometidos del Estado, según los fines establecidos en la ley, y que son los que animan la subvención. El hecho de que se trate de recursos públicos, tendientes al logro de objetivos de política económica, social o cultural, respaldados constitucionalmente, dota a las ayudas estatales de una dimensión supraindividual, que justifica una protección penal destinada a garantizar el cumplimiento de los mismos, y cuya obtención constituye el interés específico de esta figura³⁶.

se, de manera subalterna, comprometidos otros valores diferentes al que consideramos lesionado –uno de los métodos fundamentales de asignación del gasto público–, no significa, automáticamente, que este tipo deba ser calificado de plurifensorio, pues el ejercicio que resulta ineludible para cualquier estudioso de la Parte Especial, es la fijación del interés menoscabado *siempre* –y no a veces– por el delito objeto de análisis, esto es, el denominado objeto primario del delito.

³⁴ Tal sería el caso de países como Alemania o España, en que la importancia de las subvenciones resulta innegable dentro de la política económica estatal, como lo advierte JAÉN VALLEJO, *La protección*, cit. (n. 27), p. 340. En todo caso, para este autor, como se desprende de la lectura de la p. 352 de la referida obra, el fraude de subvenciones es un delito de peligro concreto para la Hacienda Pública, luego, para la propiedad del Estado. A su juicio, la razón es clara: el acto administrativo de concesión de la subvención, desgravación o ayuda –momento en que dicho autor fija la consumación de la conducta–, no disminuye aún el Patrimonio del Estado, aunque sí representa un peligro cercano para dicho bien jurídico protegido.

³⁵ BAJO FERNÁNDEZ - BACIGALUPO, *Delitos*, cit. (n. 13), pp. 146 y 147. A juicio de estos autores, la extensión del bien jurídico hacia un concepto funcional de patrimonio es lo que caracteriza al delito de fraude de subvenciones como un verdadero delito económico.

³⁶ Asúa BATARRITA, Adela, *El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann* (Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995), pp. 160-163. En sentido análogo, MORALES PRATS, *De los delitos*, cit. (n. 27), pp. 1599 y 1600, autor que celebra la actual regulación

Sin embargo, nos parece que la actual regulación que el *Código Penal* chileno prevé para esta figura, si bien permite sostener que el interés tutelado por ella es el patrimonio fiscal, aun desde un punto de vista dinámico y no meramente estático, carece de elementos a nivel de la descripción típica que autoricen a sostener que también se protege *el fin* a que estos recursos están destinados presupuestariamente³⁷, en la línea de los Códigos Penales alemán³⁸ y español³⁹ o de la Ley N° 24.769 argentina⁴⁰. Por el contrario, pareciera que si no el único, al menos uno de los pocos casos en que el ordenamiento penal chileno junto con tutelar el patrimonio estatal protege los fines a los cuales éste se asigna, lo encontramos en el artículo 236 CP., que castiga al empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administra una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, figura que también distingue, para aplicar la pena,

de esta figura en el Derecho español pues, a su juicio, antes de la reforma operada en esta materia, la subsunción típica del fraude de subvenciones, desgravaciones o ayudas públicas en el delito de estafa era objetable, por cuanto la actividad de fomento y de realización del gasto público del Estado no guardaba correlación alguna con la propiedad o el patrimonio de los particulares; y tampoco encontraba un adecuado encaje en el delito tributario, conformado desde la idea rectora de tutelar el patrimonio fiscal desde la veritiente recaudatoria. Sin embargo, autores como MORILLAS CUEVA, *Delitos*, cit. (n. 27), p. 641, han criticado la inclusión del término desgravación en la figura del artículo 308 del *Código Penal* español, dado que la obtención fraudulenta de desgravaciones públicas debe integrarse en las figuras penales tributarias que sancionan el disfrute indebido de beneficios fiscales y no en el tipo de fraude de subvenciones, como parece sugerir ésta última disposición.

³⁷ En esa línea, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *Aproximación a la problemática de la estafa*, en *Problemas actuales de derecho penal* (Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003), p. 187.

³⁸ En ese orden de ideas, el § 264, párrafo 1º, número 2 del *Código Penal* alemán.

³⁹ Así, el artículo 308, número 2 del *Código Penal* español. Como destacan BOIX REIG - MIRA BENAVENT, *Los delitos*, cit. (n. 21), p. 123, a propósito de esta figura, la determinación de lo que pueda representar una alteración sustancial del fin presupone una identificación del fin de la subvención concreta, lo que además de variar en cada una de ellas, no siempre resulta fácil de precisar, correspondiendo al Juzgador concretar esta exigencia legal en función de parámetros tanto cuantitativos como cualitativos, valorando en cada caso el grado de incumplimiento.

⁴⁰ A propósito de la figura consagrada en dicha normativa, la jurisprudencia argentina ha señalado que “la frustración del fin subvencional deja de ser un simple criterio de evaluación del daño patrimonial, en cuanto detrimento del potencial funcional del patrimonio, para constituirse en la propia lesión del interés protegido, cifrado en la correcta ejecución de los planes subvencionales de la Administración”. [CNPen. Ec., Sala A, 21/5/99, Reg. N° 439/99; *LL*, ejemplar del 29/5/00, *Suplemento de Jurisprudencia Penal*, sum. 100.332, p. 60], citada por BAJO FERNÁNDEZ - BACIGALUPO, *Delitos tributarios*, cit. (n. 24), p. 240.

según si se ha producido o no un daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y que corresponde al concepto clásico de malversación, entendida como “inversión indebida” o “desviación de fondos públicos”⁴¹. De ello se colige que si el *Código Penal* se ocupó de proteger el fin a que está afectado el patrimonio del Fisco en una sola de las conductas típicas que contempla, es porque en el resto de figuras delictivas, si bien esos fines existen, tanto fáctica como normativamente –en el sentido de que las disposiciones extrapenales que establecen beneficios fiscales efectivamente pueden contener, explícita o implícitamente los fines que éstas persiguen–, no forman parte del objeto jurídico de tutela penal, al menos en los términos en los que actualmente se concibe la estafa de subvenciones en el ordenamiento jurídico-penal chileno. Es más, muchos de los ejemplos de prestaciones estatales a que alude el numeral 8 del artículo 470 CP., se refieren a instituciones que, conceptualmente, no exigen acreditar el cumplimiento de fin alguno –v. gr. los subsidios estatales⁴²– de modo que, aun en caso de que se desviaran las finalidades que, teóricamente, inspiran su concesión, dicha conducta no podría perseguirse criminalmente a través de la aplicación de esta figura, salvo que así se dispusiera expresamente.

IV. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El estudio de la conducta sancionada en el tipo de fraude de subvenciones exige distinguir entre la regulación consagrada en el *Código Penal* y aquella establecida en leyes especiales. La primera, prevé lo que podríamos catalogar como *tipo subsidiario* de fraude de subvenciones, aplicable a falta de una norma especial preferente⁴³, en tanto sanciona, desde un punto de vista genérico: “*a los que fraudulentamente obtuvieren del Fisco, de las municipalidades, de las cajas de previsión y de las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado, prestaciones improcedentes, tales como remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas*” (artículo 470 Nº 8 CP.).

En cambio, los supuestos especiales de defraudación de subvenciones están contenidos en leyes muy dispersas, que escasos puntos de contacto tienen entre sí, lo que complica considerablemente su examen y comprensión. Más aún, la importancia que han adquirido las subvenciones en el último tiempo hace pensar que las conductas que se criminalicen en ese ámbito irán en aumento, complicando todavía más el análisis de este grupo de figuras

⁴¹ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis - OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *Delitos contra la función pública* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 367.

⁴² BAJO FERNÁNDEZ - BACIGALUPO, *Delitos*, cit. (n. 13), p. 152.

⁴³ GARRIDO MONTT, *Derecho penal*, cit. (n. 22), IV, p. 357.

delictivas. De ahí que en este trabajo nos concentremos en el estudio del tipo genérico que establece el *Código Penal*, cuyas conclusiones no siempre podrán hacerse extensivas a los supuestos específicos contemplados en las leyes especiales a que hemos hecho alusión. Con todo, dejemos sentado que muchas de esas hipótesis específicas hacen aplicables, expresamente, las penas del numeral 8 del artículo 470 CP.⁴⁴; mientras que otras, establecen penas específicas⁴⁵, lo que dificulta calificarlas como verdaderos casos especiales de fraude de subvenciones, al encontrarse más directamente vinculadas con figuras penales propiamente tributarias⁴⁶ o aduaneras⁴⁷.

1. *Conducta.*

⁴⁴ En ese orden de ideas, el inciso décimo tercero del artículo 8 de la Ley N° 19.532, sobre régimen de jornada escolar completa diurna; o el artículo 35 inciso décimo de la Ley N° 19.420, que establece incentivos para el desarrollo económico de las Provincias de Arica y Parinacota.

⁴⁵ Así, el artículo 39 de la Ley N° 19.465, sobre el sistema de salud de las Fuerzas Armadas, en virtud del cual: “*El que dolosamente obtuviere para sí o para terceras personas alguna prestación o beneficio comprendido en esta ley será sancionado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio. En igual sanción incurrirán las personas que faciliten los medios para la comisión del delito previsto en el inciso anterior*”; el artículo 81 de la Ley N° 19.518 que fija un nuevo estatuto de capacitación y empleo, según el cual: “*Todo aquél que percibiere indebidamente alguno de los beneficios contemplados en los programas que el Servicio Nacional desarrolle con cargo al Fondo Nacional de Capacitación, ya sea proporcionando antecedentes falsos o por cualquier medio fraudulento, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, sin perjuicio de la restitución de las sumas indebidamente percibidas*”; o el artículo 27 de la Ley N° 19.728 que establece un Seguro de Desempleo, en merced al cual: “*Las personas que obtuvieren mediante simulación o engaño prestaciones con cargo al Fondo de Cesantía Solidario y quienes de igual forma obtuvieren un beneficio mayor al que les corresponda, serán sancionadas con reclusión menor en sus grados mínimo a medio. Igual sanción será aplicable a quienes faciliten los medios para la comisión de tales delitos. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de restituir al Fondo las sumas indebidamente percibidas*”.

⁴⁶ En esa línea, el inciso primero del artículo 31 de la Ley N° 18.634, sobre sistema de pago diferido de derechos de aduana, crédito fiscal y otros beneficios de carácter tributario que indica, en virtud del cual: “*El productor que emitiere una factura de venta que contenga datos falsos respecto de la naturaleza o valor de las mercancías, con el propósito que el adquirente se haga acreedor al crédito fiscal a que se refiere el artículo 11 de esta ley, será sancionado con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa equivalente al triple de las sumas indebidamente percibidas. En igual pena incurrirá el que mediante fraude o engaño obtuviere el crédito fiscal antes citado [...]*”.

⁴⁷ En ese orden de ideas, la Ley N° 18.480, sobre sistema simplificado de reintegro a exportadores, cuyo artículo 7, inciso primero, dispone: “*Todo aquél que perciba indebidamente el reintegro señalado en esta ley, proporcionando antecedentes material o ideológicamente falsos será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa equivalente al triple de las sumas percibidas [...]*”.

La acción típica castigada en el numeral 8 del artículo 470 CP., gira en torno a la idea de *obtener fraudulentamente una prestación estatal*. Como destaca Cortés Bechiarelli, dicha actividad, estrictamente hablando, escapa de la voluntad del sujeto activo, que carece de dominio en cuanto a la concesión de la prestación, que corresponde a un acto administrativo cuyo reconocimiento y efectividad le son extraños al solicitante de la misma⁴⁸. De cualquier forma, por *obtener* hemos de entender “el alcanzar, conseguir y lograr una cosa que se solicita o pretende”⁴⁹, mientras que la exigencia de que la obtención sea *fraudulenta*, alude a alterar, mediante engaño, los requisitos normativamente establecidos para alcanzar el beneficio –de ahí la improcedencia de la prestación–⁵⁰, lo que puede lograrse falseando datos relevantes, ocultando antecedentes que hubieran impedido o dificultado su concesión, etc.⁵¹. Como indica Etcherry, aunque comúnmente sea la falsedad documental el medio que se utilice para obtener el beneficio estatal improcedente, el tipo no la exige, pudiendo recurrirse a otros mecanismos para recibirla, como una suplantación, en que el agente utilice un documento auténtico pero finja ser su titular, no siéndolo realmente⁵². En ese sentido, aquí, como en otros segmentos de la Parte Especial, la falsedad operará más como un medio que como un fin en sí misma.

El *Código Penal* no emplea el término subvención, sino que alude a *prestaciones improcedentes*, que pueden corresponder a remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones

⁴⁸ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO - CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos*, cit. (n. 28), p. 210.

⁴⁹ VALLS PRIETO, *De los delitos*, cit. (n. 28), p. 113. Asimismo, MORILLAS CUEVA, *Delitos*, cit. (n. 27), p. 641.

⁵⁰ MORILLAS CUEVA, *Delitos*, cit. (n. 27), p. 645, comentando el tipo del artículo 309 del *Código Penal* español, que sanciona la obtención indebida de fondos de los presupuestos generales de las Comunidades u otros administrados por éstas, estima que la utilización del término “independidamente” –análogo a la voz *improcedentes* que emplea el numeral 8 del artículo 470 del CP. chileno– parece innecesario pues las referencias a falsear u ocultar –o a que la conducta sea llevada a cabo *fraudulentamente*, decimos nosotros–, ya lo llevan implícito.

⁵¹ En cambio, en el Derecho penal español, la subvención indebida sólo puede obtenerse de dos formas: falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las circunstancias que hubiesen impedido su concesión, lo que deja fuera del campo de aplicación del tipo del artículo 308.1 a los supuestos en los que, por ejemplo, se obtiene una subvención mediante el ofrecimiento de comisiones u otro tipo de beneficios lucrativos. En esa línea, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (Barcelona, Ariel, 1991), p. 294; y MARTÍN QUERALT - LOZANO SERRANO, *Curso*, cit. (n. 27), p. 508.

⁵² ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), III, p. 419.

o imputaciones “indebidamente”, o bien, identificarse con otro tipo de beneficio estatal, siendo dicho listado meramente referencial⁵³.

La obtención de la prestación estatal habitualmente tendrá su origen en una solicitud del particular: así acontecerá con los subsidios que, a juicio de ciertos autores, no sólo deben ser requeridos, sino también aceptados⁵⁴. Pero también puede fundamentarse en algún otro título, como un contrato de prestación de servicios a favor del Fisco, en que el sujeto altera los presupuestos normativos que regulan el pago de los mismos⁵⁵, a fin de obtener uno mayor al que correspondía o en condiciones más favorables que las que procedían. En ambos casos, la obtención de la prestación estatal improcedente deberá estar causalmente vinculada con la alteración de las condiciones relevantes para su concesión, de modo que si se hubiera obtenido en todo caso, pese a no haberse llevado a cabo engaño alguno, no podrá hacerse responder del resultado a quien así obró⁵⁶.

Por otra parte, atendido que las condiciones requeridas para obtener la subvención se encuentran establecidas en normas extrapenales, que regulan el concreto beneficio fiscal de que se trate, habrá que acudir a ellas para determinar el supuesto de hecho de la norma, configurándose así la disposición como una ley penal en blanco o como una norma de reenvío⁵⁷.

⁵³ En ese orden de ideas, GARRIDO MONTT, *Derecho penal*, cit. (n. 22), IV, p. 358.

⁵⁴ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, cit. (n. 3), p. 448.

⁵⁵ A nuestro juicio, si bien no siempre será necesario que el sujeto solicite la ayuda, tampoco bastará con que el Fisco conceda una prestación improcedente pues, en tal caso, faltaría la conducta fraudulenta del particular y, la devolución de la misma, sólo podrá perseguirse a través de mecanismos extrapenales, tendientes a la restitución del pago indebido. En esa línea se ha pronunciado la Ilma. Corte de Apelaciones de Concepción que, en fallo de primero de octubre de 2007, resolvió que “[...] el pago que se hizo a la sostenedora [...] no provino de ningún engaño, ni tampoco de un deber legal de restitución incumplido. Lo que pasó posteriormente con los dineros mal pagados, es penalmente irrelevante. La ley provee al perjudicado, para el caso al Fisco, de instrumentos legales para obtener el resarcimiento de un pago hecho por error por uno de sus agentes, como ocurre en el caso de autos. [...] no hay duda que los acusados lucraron con el pago fiscal erróneo a la sostenedora [...] (existiendo) de parte de ambos una conducta antiética que les posibilitó un enriquecimiento sin causa. [...] (Y si bien) se ha pretendido encuadrar la conducta de los culpados en el tipo de estafa que contempla el artículo 470 N° 8 CP.: [...] en este ilícito surge [...] el escalo jurídico de la defraudación que exige su descripción [...]. Ninguna ingerencia les cupo a los procesados en el depósito erróneo de los dineros que administrativos de la SEREMI de educación, hicieron en la cuenta corriente bancaria de la sostenedora [...]”. Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 1 de noviembre de 2007, Recurso de apelación, “Fisco de Chile con Odette María Iraira Higueras”, rol N° 14-06.

⁵⁶ BOIX REIG - MIRA BENAVENT, *Los delitos*, cit. (n. 21), p. 120.

⁵⁷ Lo mismo se plantea a propósito de otras legislaciones, como la española, que también precisan el recurso a disposiciones distintas de la norma penal para poder deter-

2. Objeto de la acción.

Puesto que la descripción típica castiga, en términos amplios, a los que obtuvieren fraudulentamente del Fisco “prestaciones improcedentes”, la conducta ha de referirse a cierta clase de bienes o derechos valorables económicamente⁵⁸ y que el Estado otorga al solicitante del beneficio o ayuda⁵⁹. Con el término “prestaciones” el legislador ha querido dar cabida a cualquier forma de atribución de contenido patrimonial⁶⁰, con independencia de la forma que adopte (dinero, otra clase de bienes o servicios) y de su carácter directo o indirecto⁶¹. Mientras que con la exigencia de que éstas sean improcedentes, se alude a un servicio o beneficio económico al que no se tiene derecho por no reunir los requisitos que el ordenamiento jurídico prevé, como una asistencia médica gratuita o una jubilación sin cumplir las exigencias requeridas al efecto, o bien, una asignación familiar por una carga inexistente⁶².

Cabe hacer presente que la figura chilena es más amplia que aquella consagrada en el Derecho alemán, pues no se limita a las subvenciones dirigidas al fomento de actividades económicas –como las relativas a la agricultura, la pesca, la minería, la industria, el comercio, el transporte, la banca o los

minar alguno de sus elementos. En ese sentido, BAJO FERNÁNDEZ - BACIGALUPO, *Delitos*, cit. (n. 13), p. 150; MORILLO MÉNDEZ, *Infracciones*, cit. (n. 27), p. 326; y MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit. (n. 29), p. 1049.

⁵⁸ VALLS PRIETO, *De los delitos* cit. (n. 28), pp. 110 y 111.

⁵⁹ FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención*, cit. (n. 2), p. 90.

⁶⁰ En cambio, en el Derecho penal español, la utilización del término “subvención” hace que calificar una conducta de fraude subvencional sea mucho más complejo, y exige recurrir a una serie de criterios como las reglas imperantes en el mercado en materia de contraprestaciones. Como destaca OEHLER, *El fraude*, cit. (n. 11), p. 310: “Si esta investigación revela un claro favorecimiento del beneficiario con respecto a las condiciones habituales de la vida económica, se impone la valoración de la ayuda financiera estatal como subvención”.

⁶¹ En ese orden de ideas, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit. (n. 29), p. 1048. A juicio de FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención*, cit. (n. 2), pp. 88 y 89, las subvenciones directas son aquellas atribuciones patrimoniales pecunarias, consistentes exclusivamente en sumas dinerarias, mientras que las subvenciones indirectas, pueden comprender tanto las atribuciones en especie, como todo beneficio determinante de un enriquecimiento en el beneficiario, aunque no exista desplazamiento o transmisión patrimonial alguna (por ejemplo, créditos preferenciales). En esa línea, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, cit. (n. 3), p. 450, estima que desde la perspectiva penal, lo decisivo parece ser, pues, no tanto la traslación real de dinero, sino la obtención de una condición ventajosa económicamente valorable para la realización de una actividad preferentemente de carácter económico-productivo, lo que permite incluir dentro del término “subvención” a una serie de figuras, como créditos o intereses preferenciales, garantías, descuentos y, en general cualquier tipo de concesión financiera.

⁶² GARRIDO MONTT, *Derecho penal*, cit. (n. 22), IV, pp. 357 y 358.

seguros—, excluyendo las subvenciones de carácter social y cultural que se otorgan en el ámbito de la ciencia y la investigación, el arte, la tecnología, la literatura, la educación, el deporte, etc., como las becas⁶³. Pero la figura en estudio también es de más amplio alcance que aquella prevista en la legislación española, en tanto no se circumscribe al concepto de subvención, desgravación o ayuda, términos éstos que aluden a beneficios fiscales sin contraprestación en términos de mercado. Por el contrario, “en varios de los ejemplos de ‘prestaciones’ la entidad estatal tiene derecho a percibir o supuestamente ya ha recibido una contraprestación equivalente: remuneraciones, pensiones, jubilaciones, devoluciones, imputaciones. Sólo las bonificaciones y subsidios, entre los casos enumerados, son propiamente erogaciones de ayuda gratuita”⁶⁴, a los que puede agregarse un conjunto de instrumentos que no implican contraprestación, como los premios, exceptuando aquellas prestaciones que quedan cubiertas por las normas penales tributarias o aduaneras, como las exenciones, las desgravaciones, las restituciones a la importación, entre otras⁶⁵; y, descontando aquellos supuestos tasados normativamente en que el incumplimiento de ciertas cargas que el beneficiario ha asumido en virtud de la aceptación de la subvención, acarrean la devolución del beneficio a la entidad que lo ha concedido⁶⁶.

De ahí que sostengamos que el tipo penal consagrado en el numeral 8 del artículo 470 CP. no es propiamente un fraude de “subvenciones”⁶⁷, pues no se limita a aquel “instrumento habilitante para que dinero público sea desembolsado a favor de particulares”⁶⁸, o bien, a la ayuda financiera estatal “a fondo perdido” o sin obligación de reembolso por parte del beneficiario⁶⁹, pero que está afectada al cumplimiento de un destino, de modo que la aplicación al mismo debe ser justificada⁷⁰.

Por lo que respecta al delito del numeral 8 del artículo 470 CP.⁷¹, el

⁶³ BAJO FERNÁNDEZ - BACIGALUPO, *Delitos*, cit. (n. 13), p. 152. En la misma línea, BOIX REIG - MIRA BENAVENT, *Los delitos*, cit. (n. 21), p. 116.

⁶⁴ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. (n. 52), III, p. 422.

⁶⁵ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO - CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos*, cit. (n. 28), pp. 202 y 203.

⁶⁶ FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención*, cit. (n. 2), p. 107.

⁶⁷ Por esta razón, a lo largo del presente trabajo los términos “subvención”, “fraude de subvenciones”, “estafa de subvenciones” u otros análogos, fuertemente arraigados en el Derecho y la doctrina comparados, están empleados en un sentido ilustrativo y no estrictamente técnico.

⁶⁸ S.T.S. (3^a) de 2 de abril de 1998 y S.T.S. (3^a) de 21 de septiembre de 1995.

⁶⁹ OEHLER, *El fraude*, cit. (n. 11), p. 310.

⁷⁰ BAJO FERNÁNDEZ - BACIGALUPO, *Delitos*, cit. (n. 13), pp. 151 y 152.

⁷¹ Hacemos la aclaración, pues el término remuneraciones se encuentra legalmente definido en el *Código del Trabajo*, principalmente en el artículo 41 inciso primero de

término *remuneración* alude a una contraprestación pecuniaria que el Estado efectúa por la prestación de un servicio laboral⁷², si bien, algunos le atribuyen un significado más amplio, comprensivo también de aquellas contraprestaciones económicas que el Estado realiza por otros conceptos, como la adquisición de un bien⁷³, lo que puede justificarse en la circunstancia de que en los ejemplos de prestaciones improcedentes a que se refiere el numeral 8 del artículo 470 CP. no se aluda a “pagos” u otras contraprestaciones que pudiesen realizarse por la compra de un bien determinado. Con todo, creemos que las discusiones que puedan darse a este respecto carecen de toda relevancia, debido a que, como señalamos anteriormente, el listado de contraprestaciones improcedentes que contiene dicha norma es meramente referencial.

Las *bonificaciones*, por su parte, son beneficios económicos especiales que el Estado confiere a los particulares en cumplimiento de sus políticas sociales, y pueden ser a título gratuito, o reembolsables dentro de un cierto plazo⁷⁴.

Los *subsidios*, en cambio, son prestaciones públicas asistenciales de carácter económico y de duración determinada⁷⁵, que se conceden sin contrapartida en términos de mercado pero que, a diferencia de las subvenciones, no precisan de justificación posterior a su concesión⁷⁶. Un buen ejemplo lo constituye el denominado “subsidio habitacional”, consistente en una suma de dinero que el Estado otorga a las familias que quieren adquirir una casa propia y no cuentan con los medios suficientes para pagarla, que se entrega por una sola vez, sin que exista la obligación de devolverlo, y que viene a complementar el ahorro que deberá necesariamente tener la persona que lo solicita⁷⁷.

Las *jubilaciones*, que pueden ser incluidas dentro del término genérico de pensión, son pagos periódicos, generalmente vitalicios que se confieren por haber prestado servicios durante un determinado número de años y haber cumplido la edad que establece la ley (jubilación de vejez), por haber sufrido un menoscabo permanente de la capacidad de trabajo producto de una enfermedad o del debilitamiento de las fuerzas físicas o intelectuales (jubilación

dicho cuerpo normativo, según el cual, las remuneraciones son: “*las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo*”.

⁷² En ese sentido, FUENTES PALMA, Carlos, *Las remuneraciones y su protección* (Santiago, LexisNexis, 2005), p. 3.

⁷³ En esa línea, ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. (n. 52), III, p. 419.

⁷⁴ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. (n. 52), III, pp. 419 y 420.

⁷⁵ Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, consultado en www.rae.es, el 15 de enero de 2009.

⁷⁶ BAJO FERNÁNDEZ - BACIGALUPO, *Delitos*, cit. (n. 13), p. 152.

⁷⁷ En ese sentido, <http://www.bcn.cl/guias/subsidio-habitacional>, consultada el 15 de enero de 2009.

de invalidez), o por ser cónyuge, hijo, padre, madre o madre de los hijos del causante, en los casos que establece la ley (jubilación de sobrevivencia)⁷⁸.

Por último, las *asignaciones* tienen como ejemplo más clásico el de las denominadas “asignaciones familiares”, esto es, pagos de sumas de dinero que el beneficiario debe efectuar por su cónyuge o hijos menores. Pero también pueden asumir la forma de una compensación por realizar tareas riesgosas o altamente cualificadas⁷⁹.

A diferencia de estas prestaciones, que son directas, las *devoluciones* o *imputaciones* corresponden a beneficios estatales indirectos, que generalmente se presentarán en el ámbito tributario, en tanto suponen que un particular haya efectuado previamente una prestación mayor a aquella a la cual se encontraba obligado, en cuyo caso solicitará al Estado que le restituya el exceso pagado o se lo abone a futuras prestaciones⁸⁰.

Ahora bien, nos parece que los bienes con los que se efectúa la prestación no sólo deben estar en poder del Fisco, sino que éstos han de ser de propiedad estatal, de lo contrario, el numeral 8 del artículo 470 CP. sería superfluo y no se distinguiría de las hipótesis de estafa consagradas en dicho cuerpo normativo⁸¹. De ahí que, según nuestra opinión, este delito sólo pueda recaer sobre bienes de propiedad estatal, sean muebles o inmuebles, corporales o inmateriales, y con independencia de su régimen jurídico-especial, pero caracterizados por su valorabilidad monetaria, que les permite ser concebidos como instrumentos financieros para la satisfacción de necesidades públicas, también medibles en unidades monetarias⁸².

Atendido que la descripción legal no establece limitaciones a este respecto, las conductas defraudatorias de la Hacienda estatal en el ámbito de las subvenciones podrán referirse al conjunto de medios económicos, en virtud de los cuales el Estado procede a cubrir el coste de los bienes y servicios que produce y ofrece a la colectividad, sobre todo aquellos derechos de contenido patrimonial que la Hacienda detenta, sean de índole personal

⁷⁸ En esa línea, LANATA FUENZALIDA, Gabriela, *Manual de Legislación Previsional* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 2001), pp. 143, 163 y 184 y ss.

⁷⁹ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. (n. 52), III, pp. 419 y 420.

⁸⁰ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. (n. 52), III, p. 420.

⁸¹ A juicio de CUGAT MAURI, Miriam, *Delitos contra la Hacienda Pública*, en CÓRDOBA RODA - GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (Barcelona, 2004, Marcial Pons), I, p. 1237, en atención al bien jurídico protegido, sólo se tutelan fondos públicos. Cuando la prestación proviene de fondos privados, de una fundación, etc. –o de alguna entidad que no sea de aquellas que, taxativamente señala el numeral 8 del artículo 470 CP., agregamos nosotros–, debe acudirse a otros tipos, como la estafa o la apropiación indebida.

⁸² FERNÁNDEZ DE MOYA ROMERO, José Enrique, *El patrimonio como recurso financiero de la Hacienda Estatal* (Jaén, Universidad de Jaén, 2002), pp. 93, 102 y 119.

(créditos tributarios o patrimoniales, dirigidos a percibir rentas o precios) o real (dominio sobre bienes muebles o inmuebles, o derechos limitados, de goce o garantía, sobre bienes ajenos)⁸³.

3. Sujeto activo.

Como ya se ha sugerido en las líneas precedentes, la figura contemplada en el numeral 8 del artículo 470 CP. corresponde a un delito común⁸⁴, que puede ser cometido por cualquier persona, en tanto no existe restricción alguna en el aludido precepto⁸⁵. Ello es así, ya que se castiga a *los que* –sin limitación de ninguna especie⁸⁶– fraudulentamente *obtuvieren* prestaciones improcedentes y no, por ejemplo, a quienes, habiendo obtenido previamente una subvención estatal incumplan los fines para los cuales ésta fue concedida,

⁸³ SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de Derecho Financiero* (Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1977), I, pp. 24 y 25. A nivel local, todos los ingresos que percibe el Estado deben reflejarse en un presupuesto que se denominará del Sector Público, sin perjuicio de mantener su carácter regional, sectorial o institucional, y todos los gastos del Estado deben contemplarse en dicho presupuesto (artículo 4 del Decreto-Ley de Administración Financiera del Estado). Asimismo, se establece que: “*los bienes del Estado, por su importancia en el desarrollo económico y social del país, deben ser manejados en forma tal que su control no entrañe la aplicación oportuna de ellos a los fines del Gobierno*” y que su eficiente administración hace imperioso contar con un instrumento que permita obtener su óptimo aprovechamiento (“Exposición de Motivos” del Decreto Ley N° 1939 de 1977, sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado).

⁸⁴ MORILLAS CUEVA, *Delitos*, cit. (n. 27), p. 642. Asimismo, MUÑOZ BAÑOS, *Infracciones*, cit. (n. 27), p. 438.

⁸⁵ GARRIDO MONTT, *Derecho penal*, cit. (n. 22), IV, p. 358. En la misma línea, a propósito de la conducta descrita en el párrafo primero del artículo 308 del *Código Penal* español, APARICIO PÉREZ, Antonio, *La regulación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social en el nuevo Código penal* (Valladolid, Lex Nova, 1997), p. 102; y BAJO FERNÁNDEZ - BACIGALUPO, *Delitos*, cit. (n. 13), pp. 154 y 155. Según éstos últimos autores, hay quienes, sin embargo, estiman que el fraude de subvenciones a que se refiere el primer párrafo del artículo 308 del *Código Penal* español es un delito especial, ya que, al no requerir que el solicitante y el beneficiario de una subvención coincidan, sólo puede de ser cometido por quien, previamente, haya obtenido una subvención estatal.

⁸⁶ A juicio de VALLS PRIETO, *De los delitos*, cit. (n. 28), p. 116, la redacción del artículo 308.1 del *Código Penal* español, que se refiere al “*que obtenga*” la ayuda, no se limita a la obtención para uno mismo, sino que también incluiría la posibilidad de conseguir fondos para un tercero. Y si el legislador hubiese deseado limitar el conjunto de sujetos activos sólo a los beneficiarios de los fondos, podría haber exigido la concurrencia de ánimo de lucro, como hace de forma reiterativa en el marco de los delitos patrimoniales. En contra, MORILLO MÉNDEZ, *Infracciones*, cit. (n. 27), p. 326, para quien parece claro que éste tipo sólo puede ser cometido por los beneficiarios de las subvenciones o ayudas públicas, lo que lo convierte en un delito especial.

conducta conocida en el Derecho penal español, no como “fraude”, sino como “malversación” de subvenciones⁸⁷, cuyo sujeto especial propio sólo sería el beneficiario de la ayuda estatal, único obligado al cumplimiento del deber especial que le impone la concesión de la misma⁸⁸. Y si bien las normas que regulan las subvenciones deberán contener “los requisitos que deban reunir los beneficiarios” para obtener la ayuda estatal correspondiente, ello no tiene por qué significar, automáticamente y necesariamente, que toda subvención precise, para ser concedida, de un destinatario singular. Más aún, el hecho de que la conducta normalmente se realice falseando las condiciones requeridas u ocultando las que hubieran impedido obtener el beneficio, implica que el sujeto activo de esta figura puede ser cualquier persona, sin cualidad específica alguna, sujeto que sólo alcanzará la “singularidad personal” requerida por la norma, tras ejecutar el comportamiento defraudatorio respectivo⁸⁹.

Para cierto sector de la doctrina, podrían ser sujetos activos de esta figura, además de los particulares, determinados entes públicos, como las empresas del Estado⁹⁰. Sin embargo, hay quienes descartan dicha posibilidad, argumentando que las atribuciones patrimoniales concedidas a otros órganos públicos siguen formando parte del caudal y dominio público, sin que tenga lugar

⁸⁷ En el *Código Penal* español, la conducta típica de fraude de subvenciones puede asumir dos modalidades, a saber: a) La obtención fraudulenta de subvenciones, desgraciones o ayudas de las Administraciones públicas (artículo 308.1), o b) El incumplimiento de las condiciones de la subvención, alterando sustancialmente sus fines (artículo 308.2). A juicio de SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito*, cit. (n. 2), pp. 185 y 186, en la segunda modalidad “el sujeto activo participa, necesariamente, de un atributo concreto: haber obtenido la subvención o ayuda, de manera que esta asignación derivada del caudal público se erige en la condición específica y determinante que convierte al delito en especial, contrayéndose, así, el elenco de posibles sujetos activos de su comisión. [...] Se nos presenta, en efecto, como un delito especial propio, sin correspondencia con delito común alguno”. Por su parte, BOIX REIG - MÍRA BENAVENT, *Los delitos*, cit. (n. 21), pp. 122 y 123, destacan que, tratándose de la malversación de subvenciones, deben incumplirse las condiciones establecidas, lo que supone la existencia de condiciones no ya para la concesión de la subvención, sino para el propio ejercicio de la actividad subvencionada; y debe tratarse de condiciones que sean de tales características que su incumplimiento pueda incidir, y lo haga causalmente, en la sustancial alteración de los fines de la subvención.

⁸⁸ BAJO FERNÁNDEZ - BACIGALUPO, *Delitos*, cit. (n. 13), pp. 148 y 149. En el mismo orden de ideas, APARICIO PÉREZ, *La regulación*, cit. (n. 85), p. 97. En contra, VALLS PRIETO, *De los delitos*, cit. (n. 28), p. 117, para quien, el sujeto activo en esta segunda modalidad también podría ser cualquiera, pues se trataría de un delito común.

⁸⁹ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO - CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos*, cit. (n. 28), pp. 184 y 185.

⁹⁰ VALLS PRIETO, *De los delitos*, cit. (n. 28), pp. 111 y 112.

transmisión de la propiedad⁹¹, impidiendo que se produzca una afectación para el bien jurídico protegido, a saber, la Hacienda Pública⁹². Por lo mismo, el sujeto activo de esta figura –y destinatario de la subvención– quedará limitado a los particulares⁹³, debiendo sancionarse al funcionario público que realiza la conducta típica a título de malversación de caudales públicos⁹⁴.

Fuera de esta precisión, no existirá inconveniente alguno para aplicar a este delito las reglas generales sobre autoría y participación⁹⁵.

4. Sujeto pasivo.

A diferencia de lo que sucede con el autor de la conducta, el sujeto pasivo ha de ser, necesariamente, alguna de las instituciones públicas a las que alude el precepto legal; a saber, el Fisco, las municipalidades, las cajas de previsión o las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado. De ello se sigue que no puede ser sujeto pasivo de este delito un particular⁹⁶ –lo cual no impide que pueda considerarse *perjudicado* por las conductas fraudulentas, más todavía si se trata de beneficios excluyentes, que impiden su obtención por parte de otros posibles actores del mercado, frustrando sus legítimas expectativas en cuanto a la obtención del beneficio económico⁹⁷–; o bien, alguna entidad que no sea de aquellas que taxativamente enumera el precepto, como las Administradoras de Fondos de Pensiones creadas por el Decreto Ley N° 3.500, y, en general, cualquier entidad privada de salud o de previsión social, que sólo podrá ser objeto de un fraude por engaño, contemplado en el artículo 468 CP.⁹⁸.

Como es sabido, *Fisco* es la denominación que asume el Estado, no en cuanto autoridad política, sino en cuanto sujeto de relaciones económicas con los ciudadanos⁹⁹.

Municipalidad, en cambio, es el ente encargado de la administración local de una comuna o agrupación de comunas, y está constituido por el alcalde,

⁹¹ SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito*, cit. (n. 2), p. 239. En el mismo orden de ideas, MORALES PRATS, *De los delitos*, cit. (n. 27), p. 1600, a juicio del cual, quedan excluidas de la ratio del precepto los trasvases o traslaciones de fondos de una Administración pública a otra; “de verificarse conductas ilícitas, con relevancia penal, en este último grupo de supuestos sería de aplicación el delito de malversación de caudales públicos”.

⁹² CUGAT MAURI, *Delitos*, cit. (n. 81), I, pp. 1233 y 1234.

⁹³ SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito*, cit. (n. 2), p. 239.

⁹⁴ CUGAT MAURI, *Delitos*, cit. (n. 81), I, p. 1234.

⁹⁵ SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito*, cit. (n. 2), p. 302.

⁹⁶ BAJO FERNÁNDEZ - BACIGALUPO, *Delitos*, cit. (n. 13), pp. 144 y 145.

⁹⁷ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO - CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos*, cit. (n. 28), p. 189.

⁹⁸ GARRIDO MONTT, *Derecho penal*, cit. (n. 22), IV, p. 358.

⁹⁹ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. (n. 52), III, p. 420.

que es su máxima autoridad, y el concejo (artículo 107 inciso 1º CPol.)¹⁰⁰.

Las *Cajas de Previsión*, por su parte, son organismos públicos, con personalidad jurídica y patrimonio propio, encargados de la percepción, administración y pago de los fondos que se cobran o descuentan a los imponentes para atender al financiamiento de las llamadas pensiones de jubilación, de enfermedad, de invalidez, de viudez, etc.¹⁰¹.

Las instituciones centralizadas del Estado se identifican tanto jurídica como financieramente con éste, mientras que las descentralizadas, si bien tienen personalidad jurídica y patrimonio propios, sus fondos son íntegramente estatales¹⁰².

5. Elemento objetivo.

Atendido que el fraude de subvenciones es actualmente concebido como una forma especial de estafa¹⁰³, tanto por el lugar en el cual se encuentra ubicado –el artículo 470 CP., dentro del párrafo 8º dedicado a las *Estafas y otros engaños*–, como por el hecho de que se exija que las prestaciones estatales sean obtenidas de manera *fraudulenta*, estimamos que, al igual que en la figura básica de estafa, la conducta que se prohíbe es la de engañar al Fisco, a las municipalidades, a las cajas de previsión o a las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado, con el objetivo de inducirlos a caer en error, a fin de que realicen una disposición patrimonial que les cause un perjuicio económico¹⁰⁴.

Por otra parte, ya que el precepto castiga la obtención fraudulenta de prestaciones estatales, sin limitar la forma en que dicho resultado debe alcanzarse, aquél podrá lograrse tanto a través de una conducta activa como de un comportamiento omisivo¹⁰⁵. Es más, considerando que muchos de los supuestos activos de fraudes de subvenciones importarán la adulteración de documentos y que, en tal caso, el tipo de falsificación, ya de instrumento público, ya de privado, o de uso malicioso de instrumento público falsificado

¹⁰⁰ Por su parte, el inciso cuarto de dicha disposición, establece que “Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con responsabilidad jurídica y patrimonio propio” y que su finalidad “es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”.

¹⁰¹ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. (n. 52), III, p. 420.

¹⁰² ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. (n. 52), III, p. 420.

¹⁰³ POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. (n. 4), p. 413.

¹⁰⁴ En ese orden de ideas, sólo que refiriéndose a la figura básica de estafa, GARRIDO MONTT, *Derecho penal*, cit. (n. 22), IV, p. 336. Asimismo, SERRANO GÓMEZ, Alfonso - SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial* (Madrid, Dykinson, 2005), p. 577, refiriéndose al fraude de subvenciones consagrado en la legislación española.

¹⁰⁵ En ese sentido, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO - CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos*, cit. (n. 28), p. 219.

previamente desplazará a la figura que ahora comentamos, como veremos más adelante, el ámbito en el que frecuentemente se presentará esta figura será el de los comportamientos omisivos, como el del sujeto que oculta antecedentes que le hubieran impedido o dificultado el acceso a una subvención estatal, no comunica a la Administración la variación de aquellas circunstancias que hubiesen sido relevantes para su concesión o, en general, no evita el nacimiento del error o no elimina un error ya existente en el otorgante de la subvención, siempre que concurra un deber jurídico de actuar¹⁰⁶.

Sin embargo, hacemos presente que algunos autores sostienen que el ocultamiento de datos o de circunstancias contrarias a la subvención no es una conducta omisiva, sino activa, en tanto requiere, necesariamente, la presentación de una solicitud destinada a obtener la ayuda estatal¹⁰⁷. En relación con éste último punto, se ha llegado a plantear que esta figura, en su configuración típica, presenta un plus de energía criminal respecto de los clásicos delitos de mera omisión de cumplimiento de las obligaciones fiscales, en tanto se recurre a una serie de maniobras falaces, susceptibles de motivar la asignación de la ayuda estatal, poniendo en marcha todo un complicado mecanismo hasta la atribución del incentivo y la obtención de un beneficio económico¹⁰⁸.

Como sea y, más allá de que el resultado típico se alcance a través de una conducta activa o de un comportamiento omisivo, la verificación del mismo demandará que la actuación desplegada sea idónea y tenga la aptitud suficiente

¹⁰⁶ APARICIO PÉREZ, *La regulación*, cit. (n. 85), p. 98.

¹⁰⁷ En esa línea, BOIX REIG - MIRA BENAVENT, *Los delitos*, cit. (n. 21), p. 118; y AA.VV. *Manual*, cit. (n. 31), p. 509, a juicio de quienes, el ocultamiento de las condiciones que hubiesen impeditido la concesión de la subvención es una auténtica acción que se presenta, habitualmente, en la realización de declaraciones incompletas. Sin embargo, hipotéticamente, podría concebirse un supuesto de omisión en el caso de que, tratándose de subvenciones fraccionadas, no se comunicaran cambios que pudiesen motivar su denegación.

¹⁰⁸ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO - CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos*, cit. (n. 28), p. 169. En sentido análogo, BAJO FERNÁNDEZ - BACIGALUPO, *Delitos*, cit. (n. 13), p. 154. En cambio, AA.VV., *Manual*, cit. (n. 31), p. 519, si bien coinciden en que parece existir un mayor desvalor en la conducta contemplada en el delito de fraude de subvenciones que en la del delito tributario, fundamentan dicha circunstancia en el hecho de que, con la primera de estas figuras, no sólo se causa un menoscabo patrimonial a las Administraciones Públicas, sino que además, se impide la consecución de los fines que se fomentaban mediante la subvención, de tal importancia que habían sido merecedores de un incentivo económico ofrecido por el Estado. En sentido análogo, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, cit. (n. 51), p. 298, a juicio de quien, para el proceso de ingresos y egresos del Estado sería una afición mayor la salida de una cantidad que ya se tiene y, por otra parte, se ataca, además, otro interés: la promoción de una determinada actividad, la cual resulta frustrada.

para terminar engañando a la entidad pública¹⁰⁹ que, por error, efectúe la prestación estatal improcedente, esto es, ha de tratarse de un comportamiento que recaiga sobre alguno de los requisitos inexcusables para la concesión de la prestación, de modo que, de no verificarse, determine que su adjudicación no se produzca o se verifique de un modo diferente¹¹⁰. A mayor abundamiento, será necesario que el autor solicite una prestación estatal sobre la base de

¹⁰⁹ A juicio de VALLS PRIETO, *De los delitos*, cit. (n. 28), p. 121, en principio, no existen circunstancias especiales en los entes públicos que hagan bajar el nivel objetivo del engaño, es decir, el criterio del ciudadano medio. Es más, a primera vista se supone que los entes públicos disponen de más medios para evitar supuestos de engaño. Sin embargo, el procedimiento tan complejo que se sigue en la concesión de ayudas, unido a la masiva llegada de solicitudes a las instituciones subvencionadoras del Estado, hace imposible controlar todas las solicitudes de ayuda. Por otra parte, no está claro que se produzca error en los funcionarios que gestionan las peticiones, que en muchos casos actúan de forma automática a la hora de seleccionar quienes cumplen los requisitos y quienes no. Incluso puede ocurrir que la gestión de las peticiones se realice mediante sistemas computarizados, lo que impediría que se llegase a producir el error necesario. En relación con la intervención en este delito por parte de funcionarios públicos, la jurisprudencia española descartó considerar como partícipe a quien materialmente aceptó como válidos unos documentos o incluso los cumplimentó, sino que analizó quién tenía la verdadera capacidad de impedir la perpetración y reiteración delictiva que fue objeto de enjuiciamiento, siguiendo el «criterio de la disposición del acto». Sentencia de 24 de septiembre de 1999 de la Audiencia Provincial de Granada (ARP 1999/2774). Por su parte, MUÑOZ BAÑOS, *Infracciones*, cit. (n. 27), p. 440, sostiene que si el funcionario público que concede la subvención no es diligente o no examina detenidamente las circunstancias que rodean la concesión que él otorga, podemos estar en presencia también de un delito de malversación de caudales públicos.

¹¹⁰ En ese orden de ideas, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO - CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos*, cit. (n. 28), pp. 219 y 220; y VALLS PRIETO, *De los delitos*, cit. (n. 28), p. 115.

Asimismo, la Ilma. Corte de Apelaciones de Rancagua, en fallo de 17 de julio de 2007, resolvió que “[...] el perjuicio que irrrogó el ilícito corresponde al total de la subvención percibida y no sólo a una parte que se pueda calcular sobre la base del porcentaje de casos en que quedara demostrada la falsa condición de los supuestos alumnos. Si no se cumplían los requisitos formales para requerir la subvención –más allá de lo dudoso que resulta el que se cumplieran los de fondo y de que esté demostrado que en parte al menos esos requisitos de fondo también faltaron– no podía calcularse y por ende no podía obtenerse el beneficio. Luego, todo él resulta indebido. Y si se aparentó mediante maquinación o engaño cumplir esos requisitos formales, todo lo obtenido es producto de fraude, aunque se hayan dictado parcialmente los cursos de que se trataba [...]”. Por otra parte, “[...] la simulación de los cursos no se refiere necesariamente a la inexistencia de ellos o del total de ellos, sino a que se aparentaron elementos claves de la realización de los mismos (como la asistencia y su registro), para crear la ilusión de existir el derecho a la prestación de parte del Fisco [...].” Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia de 17 de julio de 2007, Recurso de apelación, “Víctor Olea Pavez, Fisco de Chile, Andrés Chadwick Piñera y otros con Edonicia Tapia Lobos”, rol N° 125-06.

declaraciones incompletas o incorrectas o no proporcionando antecedentes sobre los hechos relevantes para el otorgamiento de la misma, incumpliendo de manera decisiva la obligación de informar a la Administración¹¹¹.

6. Elemento subjetivo.

El fraude de subvenciones es un delito que exige dolo. Ello obedece a que el tipo requiere que la obtención de prestaciones estatales sea “fraudulenta” y a la falta de una cláusula expresa que permita el castigo a título de imprudencia¹¹². Por tanto, las conductas culposas que ejecute un particular y que tengan por resultado la obtención de prestaciones estatales improcedentes, sólo podrán ser objeto de sanciones en sede administrativa¹¹³.

Puesto que ha de desarrollarse una actividad engañosa para obtener una prestación determinada, no basta que el particular que solicita el beneficio oculte, por error, información relevante para la subvención¹¹⁴, o bien, que efectúe una simple petición improcedente o infundada¹¹⁵: las prestaciones han de obtenerse *fraudulentamente*, esto es, valiéndose el agente de algún medio engañoso para obtener el beneficio indebido. Por otra parte, si bien es imaginable una actuación con dolo eventual, la naturaleza de la figura que analizamos impedirá su concurrencia, pues la producción del resultado típico ha de ser perseguida de forma directa por el beneficiario de la subvención¹¹⁶.

La complejidad y dispersión de los supuestos especiales de fraude de subvenciones, sin duda, dificulta su comprensión por parte de los ciudadanos. Ello, sumado a la constante presencia de elementos normativos del tipo y a

¹¹¹ BAJO FERNÁNDEZ - BACIGALUPO, *Delitos*, cit. (n. 13), pp. 148 y 149. A juicio de BOIX REIG - MIRA BENAVENT, *Los delitos*, cit. (n. 21), p. 119, condiciones relevantes para el otorgamiento de la subvención son aquellas que se conectan con la finalidad pretendida por la misma o, al menos, se establecen como presupuesto necesario de su concesión. Condiciones de otra índole, por ejemplo, de contenido estrictamente burocrático, no deberán tenerse por tales ni, en consecuencia, generar responsabilidad criminal a título de fraude de subvenciones.

¹¹² En esa línea, comentando la normativa española, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit. (n. 29), p. 1051; BOIX REIG - MIRA BENAVENT, *Los delitos*, cit. (n. 21), pp. 120 y 121; MORILLAS CUEVA, *Delitos*, cit. (n. 27), p. 642; y MORILLO MÉNDEZ, *Infracciones*, cit. (n. 27), p. 327. Por su parte, a juicio de SERRANO GÓMEZ - SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal*, cit. (n. 104), pp. 577 y 578, puesto que sólo es posible la comisión dolosa, el error de tipo no podría operar aquí para incriminar formas imprudentes en los supuestos de error vencible.

¹¹³ CAZORLA PRIETO, Luis María, *Derecho Financiero y Tributario, Parte General* (Navarra, Aranzadi, 2006), p. 289.

¹¹⁴ GARRIDO MONTT, *Derecho penal*, cit. (n. 22), IV, p. 357.

¹¹⁵ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. (n. 52), III, p. 418.

¹¹⁶ En un sentido análogo, MORALES PRATS, *De los delitos*, cit. (n. 27), p. 1603.

su caracterización como normas penales en blanco, facilita la existencia de supuestos de error que, normalmente, llevarán a la impunidad del comportamiento y a su castigo en sede administrativa¹¹⁷. Sin embargo, no es preciso que el sujeto tenga una información absoluta sobre todos los términos del beneficio estatal, bastando que sepa que el Estado le entrega una atribución patrimonial que no procede¹¹⁸, por no cumplir las condiciones que el ordenamiento jurídico establece para obtenerla. En este orden de ideas, los casos en que se falsean las exigencias para obtener la prestación, así como los supuestos en los que se ocultan condiciones que impedirían la concesión de la misma, generalmente revelarán la concurrencia de dolo y proscribirán la existencia de hipótesis de error, al menos en la categoría de invencible¹¹⁹.

Finalmente, el tipo del numeral 8 del artículo 470 CP. no exige elementos subjetivos del injusto diversos del dolo, en tanto el legislador no hace referencia alguna al enriquecimiento ilícito, ni requiere de forma expresa ánimo de lucro u otra motivación semejante.

V. CONSUMACIÓN Y FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN DEL DELITO

Además de la realización de la conducta, la consumación de la figura

¹¹⁷ SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito*, cit. (n. 2), pp. 271-273 y 286. Según esta autora, como excepción, deberían incluirse en el error de prohibición y no en el error de tipo los supuestos en los que el solicitante de la ayuda realiza una consulta a la Administración previamente y ésta le aconseja una conducta que resulta ser típica.

¹¹⁸ En esa línea, SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito*, cit. (n. 2), p. 268.

¹¹⁹ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO - CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos*, cit. (n. 28), p. 245. Si aplicamos sin matices los conceptos de error de tipo y error de prohibición, resultará que una simple ignorancia en la legislación aplicable –en materia fiscal o dentro del ámbito administrativo de las subvenciones– daría lugar a un claro error de tipo, pues la conducta defraudatoria exige por definición un conocimiento de la norma que se está defraudando. Para resolver las disfunciones que esta circunstancia podría originar, la jurisprudencia ha creado la figura del error de subsunción, que tiene lugar cuando el autor ha subsumido los hechos erróneamente desde el punto de vista jurídico, pero habiendo tenido el conocimiento propio de un lego respecto del elemento concreto; así, el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de julio de 2002 señaló que bastaba el conocimiento de la ilicitud de la conducta que se lleva a cabo para colmar el requisito intelectivo necesario para la integración de la culpabilidad, sin que ese conocimiento precise de la concreción de los «matices técnicos legales» del tratamiento. Así, en caso de que nos encontremos ante un error de subsunción, la consecuencia será la irrelevancia del mismo, por lo que la superación del error habrá que ponerla en relación con el conocimiento de la ilicitud de los elementos de hecho, de la conducta, y no de las diferentes categorías en que la misma se inscribe. En este sentido, AA.VV., *Manual*, cit. (n. 31), p. 518.

exige la producción efectiva de un resultado¹²⁰, a saber, la obtención de la prestación indebida, lo cual, sin embargo, no impide el castigo a título de tentativa o frustración¹²¹. En otras palabras, el delito que comentamos exige la producción de un efectivo perjuicio patrimonial¹²², resultado que obviamente debe estar cubierto por el dolo del agente¹²³.

Concordamos con Etcheberry, en que el delito sólo se consuma cuando se percibe la prestación indebida, no siendo suficiente el mero reconocimiento formal del derecho a la misma, lo que distinguiría a esta figura de aquella contenida en el inciso segundo del numeral 4 del artículo 97 CTRib., que, en tanto castiga “imputaciones indebidas”, puede estimarse consumada desde que se efectúa por el órgano estatal el asiento contable correspondiente, pues con ello el sujeto activo habrá obtenido el beneficio que buscaba y el Fisco o la institución correspondiente habrá sufrido el perjuicio patrimonial correlativo¹²⁴. Más precisamente, creemos que el resultado delictivo presupone que se verifique el desplazamiento del importe monetario de la ayuda estatal hacia el patrimonio del sujeto activo, lo que se produce “cuando la Administración, a continuación de conceder el beneficio, entrega la cantidad al administrado”¹²⁵. Ello encuentra su fundamento, tanto en los términos

¹²⁰ SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito*, cit. (n. 2), p. 259. En sentido análogo, APARICIO PÉREZ, *La regulación*, cit. (n. 85), p. 98; y BOIX REIG - MIRA BENAVENT, *Los delitos*, cit. (n. 21), p. 119.

¹²¹ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. (n. 52), III, p. 418. En cambio, para cierto sector de la doctrina española, la circunstancia de calificar como condición objetiva de punibilidad la exigencia de que el importe de la subvención, desgravación o ayuda supere la suma que el artículo 308 prevé, impide apreciar formas imperfectas de ejecución. En ese orden de ideas, MORILLO MÉNDEZ, *Infracciones*, cit. (n. 27), p. 326.

¹²² Lo cual permite también atribuirle la calidad de delito lesión. En este sentido, por ejemplo, la opinión de SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito*, cit. (n. 2), p. 259.

¹²³ BOIX REIG - MIRA BENAVENT, *Los delitos*, cit. (n. 21), p. 120.

¹²⁴ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. (n. 52), III, p. 418.

¹²⁵ BAJO FERNÁNDEZ - BACIGALUPO, *Delitos*, cit. (n. 13), p. 156. Asimismo, MORALES PRATS, *De los delitos*, cit. (n. 27), p. 1603; y MORILLAS CUEVA, *Delitos*, cit. (n. 27), p. 642, a juicio del cual, el delito se consuma en el momento de la entrega de la cantidad que especifica la norma y no en el instante –meramente formal– de la concesión. En contra, APARICIO PÉREZ, *La regulación*, cit. (n. 85), p. 101, para quien, la conducta de consumo con el acto administrativo de concesión del beneficio; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, cit. (n. 51), p. 295, según el cual, es suficiente la obtención, no siendo necesario que haya un traspaso de fondos o una deducción efectiva; y VALLS PRIETO, *De los delitos*, cit. (n. 28), p. 121, a juicio de quién, por acto de disposición en las subvenciones hay que considerar el momento en que se conceden administrativamente y no cuando se hace el desembolso de la cantidad o se recibe el beneficio patrimonial, encontrando en este punto una diferencia con el delito de estafa. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, cit. (n. 3), p. 450 extrema este planteamiento, al sostener que la circunstancia de que sea suficiente la existencia de una resolución administrativa para entender consumada

empleados por el numeral 8 del artículo 470 CP., que exigen que el sujeto activo *obtenga* una prestación estatal improcedente, como por el hecho de que el fraude de subvenciones se ubica, sistemáticamente, dentro del Párrafo dedicado a las *Estafas y otros engaños*, grupo de delitos que requiere de un tránsito monetario desde el sujeto pasivo (en este caso, un organismo público) al sujeto activo (el particular que obtiene la prestación improcedente). Como destacan Boix Reig y Mira Benavent, el criterio de la efectiva percepción responde mejor a la estructura del tipo legal y a su sentido defraudatorio y de causación de un perjuicio real al erario público¹²⁶. De este planteamiento se desprende que no es necesario que el hechor disponga efectivamente de la cantidad defraudada, conducta ésta que podrá formar parte del proceso de agotamiento del delito, mas no de la consumación de la conducta típica¹²⁷.

Sentada la idea de que el instante consumativo de la figura prevista en el numeral 8 del artículo 470 CP. sólo se producirá una vez que el particular beneficiario de la ayuda estatal obtenga, efectivamente, la prestación improcedente que ha solicitado, esto es, cuando de facto se produzca el tránsito dinerario desde el erario público hasta el ciudadano beneficiado indebidamente, los casos de tentativa se identificarán con aquellos comportamientos que impliquen un principio de ejecución del delito, esto es, conductas previas a la obtención improcedente de la prestación estatal¹²⁸, pero posteriores a la realización de la maniobra engañosa destinada a que la Administración efectúe una concesión de la misma. Esto distingue a la figura del numeral 8 del artículo 470 CP. de los supuestos tradicionales de fraude de subvenciones: mientras los segundos requieren, ineludiblemente, la presentación de una solicitud para la asignación efectiva de los estímulos económicos estatales, la primera no precisa, necesariamente, una petición formal destinada a obtener

la conducta demuestra que este delito, más que de lesión, es de peligro concreto. Por su parte, CUGAT MAURI, *Delitos*, cit. (n. 81), I, pp. 1238 y 1239, comentando la legislación española, agrega un argumento interesante, pero inaplicable a la figura del numeral 8 del artículo 470 CP. y a la falta del numeral 19 del artículo 494 del referido *Código* que la complementa, que cubren penalmente toda percepción indebida de fondos estatales, aun de cuantía económica irrelevantes. Pues bien, según esta autora, postular que para la consumación de la conducta basta con la mera concesión y aceptación de la subvención, evita los problemas de determinación del momento de consumación en supuestos en los que, por ejemplo, una vez concedida la subvención, se fracciona su pago, detectándose el fraude antes de que las sumas efectivamente percibidas lleguen a la cuantía legal a la que sí ascendía el monto total de la subvención.

¹²⁶ BOIX REIG - MIRA BENAVENT, *Los delitos*, cit. (n. 21), p. 120.

¹²⁷ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO - CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos*, cit. (n. 28), p. 212.

¹²⁸ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO - CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos*, cit. (n. 28), pp. 235 y 236.

la prestación improcedente, resultado que puede verificarse ante cualquier engaño que haga sufrir en error a la Administración y determine que ésta conceda los recursos. Pues bien, todos aquellos comportamientos engañosos destinados a obtener la prestación estatal, sin que ésta se verifique, podrán sancionarse a título de tentativa.

Por su parte, los casos específicos en que la prestación improcedente derive de una solicitud previa del particular, podrán castigarse a título de tentativa siempre que éste se haya limitado a presentar, de manera incompleta o adulterada, los antecedentes necesarios para obtener el beneficio de que se trate¹²⁹ y aun a aquellos hechos que ya importen una asignación documental de la ayuda estatal, pero sin que todavía se haya producido el desplazamiento patrimonial desde el erario público al sujeto administrado.

Ciertamente, habrá que tener en cuenta, en cada supuesto, la eficacia de los medios escogidos por el agente para intentar defraudar al Fisco, a las municipalidades, a las cajas de previsión o a las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado pues, desde un punto de vista material, se precisará de un juicio acerca de la aptitud, eficiencia y potencialidad del comportamiento para inducir a error a alguna de esas entidades. En otras palabras, no toda maniobra artera destinada a la obtención de una prestación estatal ha de ser tenida como idónea para la verificación del resultado típico, sino que ha de condicionarse a un juicio previo de idoneidad, atendidas las peculiaridades que reviste la consumación de esta figura¹³⁰.

En cambio, las hipótesis de frustración corresponderán a aquellos casos en que la Administración, una vez dictado el acto concesional de la prestación, pero antes del pago, descubra el engaño del sujeto activo, impidiendo que éste disponga del dinero o de la ventaja económica en que pudiese consistir la prestación indebida¹³¹, lo cual guarda perfecta concordancia con la tesis que expusiéramos, según la cual, la conducta se entiende consumada con la percepción efectiva de la prestación estatal improcedente.

VI. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

¹²⁹ AA.VV., *Manual*, cit. (n. 31), p. 514.

¹³⁰ En esa línea, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO - CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos*, cit. (n. 28), pp. 236 y 237. Como destaca éste último autor, los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, en que se pretende lograr un resultado con actos o medios que en ninguna circunstancia o condición serían susceptibles de prohibirlo, han de quedar impunes, por su falta absoluta de capacidad de lesionar el bien jurídico tutelado. En cambio, sí podrían sancionarse aquellos casos de tentativa relativamente idónea, que es aquella en que los medios que en el caso concreto no son aptos para producir el resultado querido, mejor utilizados o en condiciones distintas, podrían llegar a perfeccionar el delito.

¹³¹ AA.VV., *Manual*, cit. (n. 31), pp. 514 y 515.

Si bien reconocemos la casi nula operatividad de las causales de justificación en materia de fraude de subvenciones¹³², nos referiremos someramente a algunas que pudiesen ocasionar inconvenientes.

La primera de ellas es el estado de necesidad que, pudiera entenderse aplicable, partiendo de una interpretación amplia del mismo, en supuestos de graves crisis financieras, por razones de competencia¹³³ y, en general, cuando al sujeto activo se le presente la obtención de la prestación estatal como el único y exclusivo modo para la supervivencia de su actividad económica¹³⁴, si bien admitimos que su concurrencia será de difícil aplicación en la práctica, más aún si los beneficiarios de la prestación pública son sujetos de alto nivel económico¹³⁵.

Otra de las causales de justificación que podría aplicarse a esta figura es el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Nuevamente, la posible presencia de esta causa de justificación en algún supuesto no será frecuente, si bien es posible su aparición, al menos en un plano teórico¹³⁶. Para algunos autores los casos de “consultas tributarias”, en que un sujeto actúa conforme a una consulta administrativa previa¹³⁷, no son causas de justificación basadas en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, pero aceptan que la consulta que el administrado realiza a la Administración y que determina su conducta en un sentido que suponga la comisión del delito de fraude de subvenciones, pueda excluir o, al menos, atenuar su responsabilidad, por concurrir un caso

¹³² En ese orden de ideas, APARICIO PÉREZ, *La regulación*, cit. (n. 85), p. 99.

¹³³ SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito*, cit. (n. 2), p. 278.

¹³⁴ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO - CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos*, cit. (n. 28), p. 246.

¹³⁵ SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito*, cit. (n. 2), p. 278. En ese orden de ideas, el Tribunal Supremo español en el fundamento de Derecho N° 5 de su sentencia de 20 de junio de 2001 (RJ. 2001/7264), sigue en cuanto a este delito la doctrina general respecto a esta causa de justificación, al entender que sólo cabría apreciar su concurrencia cuando, ante una situación de necesidad, no hay más posibilidades de superarla que cometer el delito de fraude de subvenciones, algo que AA.VV., *Manual*, cit. (n. 31), en p. 517, consideran “difícil de imaginar”.

¹³⁶ SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito*, cit. (n. 2), p. 279.

¹³⁷ Que, en el Derecho chileno, encuentran como principal expresión el artículo 26 inciso 1º Ctrb., según el cual: “*No procederá el cobro con efecto retroactivo cuando el contribuyente se haya ajustado de buena fe a una determinada interpretación de las leyes tributarias sustentada por la Dirección o por las Direcciones Regionales en circulares, dictámenes, informes u otros documentos oficiales destinados a impartir instrucciones a los funcionarios del Servicio o a ser conocidos de los contribuyentes en general o de uno o más de éstos en particular*”.

de error de prohibición¹³⁸.

VII. PENALIDAD

Como adelantamos en las líneas precedentes, el artículo 470 CP. hace aplicable a la obtención fraudulenta de prestaciones estatales las penas establecidas en el artículo 467 de dicho *Código*, para el delito de estafa. Dicho artículo, gradúa la penalidad a imponer según el monto defraudado, sanción que será de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si la defraudación excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales; de presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta; y de presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales. Asimismo, el inciso final del artículo 467 CP. dispone que: “*Si el valor de la cosa defraudada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales*”.

Por su parte, el numeral 19 del artículo 494 CP. castiga como falta, con la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, al que ejecutare, entre otras conductas, alguno de los hechos penados en el artículo 470 CP. “*siempre que el delito se refiera a valores que no excedan de una unidad tributaria mensual*”. Con ello, quedan cubiertas penalmente todas las conductas defraudatorias de la Hacienda Fiscal en su vertiente de *gasto público*¹³⁹, que serán típicas y podrán perseguirse aun a título de falta, pese a su posible irrelevancia desde un punto de vista económico.

A nuestro juicio, en caso de que el sujeto activo obtenga fraudulentamente

¹³⁸ SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito*, cit. (n. 2), pp. 285 y 286. Fuera de ese específico supuesto, para AA.VV., *Manual*, cit. (n. 31), pp. 518 y 519, sólo podría concurrir error de prohibición en caso de que el sujeto activo del delito conociese que está defraudando la normativa administrativa, pero ignorase que eso tiene una relevancia penal. En ese orden de ideas, la sentencia del Tribunal Supremo español, de 20 de junio de 2001 (RJ. 2001/7264), señaló lo siguiente: “[...] una persona normalmente educada como para ejercer el comercio es prácticamente imposible que ignore la ilicitud de obtener dinero indebido mediante engaño. La norma que prohíbe estos comportamientos no es de creación meramente jurídica, sino que coincide con nuestra cultura ético-social más elemental y forma parte del núcleo del Derecho Penal vigente respecto del cual un error directo de prohibición es impensable en quien tenga una mínima socialización [...]”.

¹³⁹ En efecto, idéntico tratamiento punitivo se prevé para la malversación de caudales públicos del artículo 233 CP., figura que para autores como QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, cit. (n. 3), p. 452, pone en jaque, de modo inmediato, la Hacienda Pública misma en su vertiente de gasto público.

varias prestaciones estatales, no existirá inconveniente alguno en apreciar la concurrencia de un delito continuado¹⁴⁰. Así también lo ha reconocido nuestra Jurisprudencia¹⁴¹, señalando expresamente los requisitos que han de verificarse para que proceda su aplicación.

VIII. CONCURSOS

1. *Con las falsoedades documentales.*

Atendida la conducta que se exige, puede ocurrir que ésta sea llevada a cabo a través de la falsificación, ya material, ya ideológica de documentos relativos a la subvención que se solicita, o bien, a través de la presentación de los mismos una vez falsificados, en cuyo caso estaremos ante un concurso aparente de leyes penales entre el tipo de fraude de subvenciones y el tipo de falsificación de documento público o privado, o bien de uso malicioso de los mismos. Siguiendo a ETCHEBERRY, la solución de este concurso dependerá del tipo de documento de que se trate. Si corresponde a un documento privado, el concurso habrá de resolverse en virtud del principio de especialidad, a favor de la aplicación exclusiva de las penas correspondientes al tipo de falsificación, puesto que la exigencia de perjuicio en este delito lo convierte en una verdadera forma especial de estafa, en que el engaño adopta esa modalidad

¹⁴⁰ En ese orden de ideas, APARICIO PÉREZ, *La regulación*, cit. (n. 85), p. 102; y BOIX REIG - MIRA BENAVENT, *Los delitos*, cit. (n. 21), p. 124.

¹⁴¹ En esa línea, la Corte de Apelaciones de Rancagua, en fallo de 17 de julio de 2007, resolvió que “[...] prescindiendo de si la solicitud misma fue una o fueron varias, y con mayor razón más allá de cuántos fueron los pagos, hay aquí una evidente unidad de propósito criminoso, unidad de sujeto activo, de sujeto pasivo, de método, de engaño y de contexto constituido por el programa aprobado de enseñanza de lecto escritura para adultos, de manera tal que aún si pudiere dividirse el hecho punible en varios actos y por ende en varios momentos de obtención de beneficios, de todas suertes esos hechos quedarían incluidos en la hipótesis del delito continuado [...]”. Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia de 17 de julio de 2007, Recurso de apelación, “Víctor Olea Pavez, Fisco de Chile, Andrés Chadwick Piñera y otros con Edonica Tapia Lobos”, rol N° 125-06. Permanece la duda, sin embargo, de qué ocurre si las diversas prestaciones indebidas, individualmente consideradas, no alcanzan el valor de una unidad tributaria mensual como para que proceda aplicar la figura del numeral 8 del artículo 470 CP. –y no meramente la falta del numeral 19 del artículo 494 de dicho Código– pero que, sumadas, superan dicha cuantía. En el Derecho español, algunos autores estiman que si el solicitante obtiene varias atribuciones patrimoniales, todas inferiores a la cuantía mínima exigida por el tipo, pero que la sobrepasan si se consideran en conjunto, estaríamos, a lo sumo, ante una simple infracción administrativa continuada. En ese orden de ideas, COBO DEL ROSAL, Manuel, *De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social - artículo 308*, en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios al Código Penal* (Madrid, CESEJ., 2006), p. 131.

específica. “De otra manera, el empleo de documentos privados falsos para obtener estas prestaciones tendría una situación penal más favorable que si se emplearan para cometer una estafa cualquiera, como las del Art. 468, lo que no tendría una explicación lógica y vendría a contradecir el principio de consunción (las penas por falsedad de documento privado son superiores a las del artículo 467)”¹⁴². En cambio, si se obtiene una prestación estatal mediante la falsificación de un documento público o el uso malicioso de un documento público falso, el concurso ya no será aparente sino ideal o material, según si la falsificación ha sido o no *medio* necesario para obtener la ayuda estatal, resultado éste que se perfilará como el *fin* del actuar delictivo. A juicio de Etcheberry, en este caso la falsificación sería punible por sí misma, aunque el fraude hubiere quedado en etapa de tentativa o frustración, presentándose un concurso entre la falsedad consumada y el fraude frustrado o consumado, según el caso¹⁴³.

¹⁴² ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. (n. 52), III, p. 419. En detalle sobre la relación concursal entre el delito que nos ocupa y la falsedad documental, con base en el Derecho español, cfr. GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, cit. (n. 33), pp. 305-325.

¹⁴³ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. (n. 52), III, p. 419. Comentando la legislación española, AA. VV., *Manual*, cit. (n. 31), en p. 531 sostienen que, existirá un concurso real entre la falsedad documental y el fraude de subvenciones cuando la falsedad no se haya cometido exclusivamente para perpetrar un fraude de subvenciones, sino que se utilice para otros fines. A juicio de MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit. (n. 29), pp. 1050 y 1051, el régimen concursal de la estafa de subvenciones con los tipos de falsedad requiere atender tanto a la concreta modalidad de la conducta falsaria que se realice, como al propio alcance del injusto del artículo 308 del *Código Penal* español. Así, el empleo del verbo «falseando» en la primera modalidad va a impedir apreciar el tipo de falsedad en documento oficial respecto a la consignación de datos falsos en la correspondiente instancia o solicitud, ya que al ser consustancial a aquélla la realización de dicha forma de falsedad sería el fraude de subvenciones el precepto aplicable. Por su parte, cuando la conducta falsaria se refiere, no a la declaración misma que el sujeto dirige a la Administración, sino a los documentos que la acompañan y que avalan lo ya declarado en la instancia-solicitud, tanto en los casos en que el sujeto presenta documentos públicos o privados falsos como en aquéllos en que falsifica por sí mismo un documento privado, habrá de apreciarse un concurso de leyes y no de delitos. Finalmente, en los casos en que el solicitante cometa por sí mismo una falsedad en documento público, oficial o mercantil –distinta de la falsedad en la correspondiente solicitud–, habrá de apreciarse un concurso de delitos. Para AA. VV., *Manual*, cit. (n. 31), p. 529, si nos encontramos ante conductas instrumentales para cometer el delito de fraude de subvenciones, dichos comportamientos quedarán absorbidos por el mismo, no siendo necesario aplicar las reglas del concurso. En la misma línea, CUGAT MAURI, *Delitos*, cit. (n. 81), I, p. 1243, según quien, de modo general, se admite que este delito absorbe las eventuales falsedades cometidas en la presentación de la solicitud de subvención, pero no se niega de modo tajante la posibilidad de apreciar un concurso de delitos (ideal o medial) entre el fraude de subvenciones y las falsedades instrumentales al mismo, que se cometan en documen-

2. Con el delito de estafa.

Las conexiones a que se encuentran sometidos los tipos de estafa y de fraude de subvenciones se advierten con el solo análisis del modelo de tipificación que respecto de ambas figuras adopta nuestro *Código Penal*. En efecto, el legislador penal chileno considera a la figura que ahora nos ocupa como una *especie* de estafa, caracterizada por el sujeto pasivo y por su objeto material, circunstancias éstas que, en principio, deberían permitirnos arribar fácilmente a la aplicación de uno u otro tipo. En ese orden de ideas, la estafa sólo es aplicable cuando el sujeto pasivo es un particular¹⁴⁴, y ha de descartarse cada vez que su objeto material sea algún interés patrimonial del Fisco, en cuyo caso, deberemos recurrir al fraude de subvenciones o a alguna de las restantes figuras que recaen sobre el patrimonio de la Hacienda Pública¹⁴⁵.

Cierta doctrina española agrega como punto divergente, el hecho de que las defraudaciones en el ámbito subvencional no requieran, para la consumación, la existencia de un desplazamiento patrimonial desde la Administración Pública de que se trate hacia la persona beneficiada con la ayuda estatal, bastando la simple asignación documental del incentivo de naturaleza económica, lo que no ocurriría respecto del tipo de estafa que, como es sabido, requiere de manera indeclinable e imperativa el traspaso desde un patrimonio hacia el otro para entenderse consumada¹⁴⁶. A nuestro juicio, tal planteamiento no es sostenible respecto de la figura contemplada en el numeral 8 del artículo 470 CP. que, como consignamos al abordar el tema de su consumación, sólo podrá entenderse consumada cuando el beneficiario perciba la prestación estatal indebida por parte de alguno de los órganos que enumera el precepto, de modo que la sola constatación de que

tos de acompañamiento de la solicitud de subvención y, por lo tanto, conceptualmente distinguibles de ella.

¹⁴⁴ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO - CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos*, cit. (n. 28), p. 172.

¹⁴⁵ Ciertamente, tras este planteamiento subyace la idea de que el bien jurídico protegido en uno y otro caso es diferente: mientras el delito de estafa fue creado para la tutela de intereses patrimoniales individuales, el fraude de subvenciones tiende a la protección de los intereses patrimoniales del Estado. Para autores como APARICIO PÉREZ, *La regulación*, cit. (n. 85), p. 103, el bien jurídico protegido sería, precisamente, el elemento fundamental que permitiría delimitar el campo de aplicación de uno y otro delito. En el mismo orden de ideas, VALLS PRIETO, *De los delitos*, cit. (n. 28), pp. 117 y 118.

¹⁴⁶ Para SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO - CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos*, cit. (n. 28), p. 172: “la distinta significación y contenido del bien jurídico protegido en cada caso, explicará este dispar tratamiento en cuanto al modo de consumarse ambos tipos delictivos [...]”.

existe un perjuicio patrimonial –sin que se sepa si el patrimonio afectado es de naturaleza pública o privada– no nos dará luces a la hora de solucionar un concurso existente entre ambas figuras delictivas.

Por otra parte, si bien esta problemática concursal no acarrearía consecuencias desde un punto de vista punitivo, en atención a que la pena de ambas figuras es la misma, la calificación jurídica de la conducta –si estafa de subvenciones o estafa común– sí puede tener incidencia desde una perspectiva procedural. Así, por ejemplo, las normas que señalan los criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios, establecen que los fiscales *se opondrán* a la aprobación de los mismos tratándose del fraude de subvenciones, por afectar intereses de mayor entidad que el patrimonio, a saber, la perspectiva dinámica de la Hacienda Pública en su vertiente de gastos, en vez de *favorecerán*, como ocurre con otras figuras del título 9º del libro II CP. y, en particular, con el delito de estafa¹⁴⁷.

3. Con los delitos tributarios.

Las dificultades que puedan presentarse en la aplicación, ya de alguna figura fiscal, ya del delito de fraude de subvenciones, dicen relación con el concepto amplio de “prestación improcedente”, contenido en el numeral 8 del artículo 470 CP. En efecto, dicha expresión alude, tanto a contraprestaciones estatales directas como indirectas y, dentro de éstas últimas, a devoluciones o imputaciones que realice el Fisco y beneficien al particular.

Pues bien, cuando se obtengan devoluciones indebidas de impuestos, procederá aplicar la norma del inciso tercero del número 4 del artículo 97 CTrib., que castiga al que “*simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan*”. En cambio, si la devolución indebida la realiza el Fisco, pero tiene un origen distinto del impositivo, procederá aplicar el delito de fraude de subvenciones. En ese sentido, si el sujeto presenta dos solicitudes distintas, una destinada a obtener una prestación estatal y otra, a lograr un beneficio fiscal, serán dos los hechos constitutivos de delitos, y estaremos en presencia de un concurso real; en cambio, si el sujeto solicita una subvención y un beneficio tributario en una misma instancia, tendrá lugar un solo comportamiento delictivo y deberá apreciarse un concurso ideal¹⁴⁸.

Creemos que respecto de otros delitos fiscales no se suscitarán inconvenientes de esta naturaleza, ya que las restantes figuras delictivas contenidas en

¹⁴⁷ Oficio N° 038, de 21 de enero de 2003, emitido por el Fiscal Nacional del Ministerio Público y dirigido a los Fiscales Regionales y fiscales adjuntos del país, que introduce modificaciones y fija el texto refundido y sistematizado del Instructivo General N° 34, sobre criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios.

¹⁴⁸ SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito*, cit. (n. 2), p. 306.

el *Código Tributario*, si bien apuntan también a la protección de la Hacienda Pública, lo hacen en su vertiente de ingresos públicos, lo que incide en su configuración y dinámica internas. Así, mientras en los delitos tributarios es el contribuyente quien, con su actuar fraudulento, impide la recaudación de riquezas por parte del Estado, en el delito que ahora nos ocupa será el Fisco –o las *municipalidades*, las *cajas de previsión* o las *instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado*– quien, con su actuar delictivo, confiera al ciudadano una determinada prestación, y de paso invierta el ciclo económico, que ya no será del contribuyente al patrimonio público, sino que *desde* la Administración al ciudadano a favor del cual se efectúa la disposición patrimonial¹⁴⁹.

4. Con los delitos aduaneros.

En fin, otro posible punto de contacto entre la estafa de subvenciones y otras figuras protectoras de la Hacienda Fiscal, lo encontramos en la *Ordenanza de Aduanas*, específicamente en la letra d) de su artículo 181, relativo a las presunciones de fraude aduanero. Más allá de las discusiones relativas a la vigencia¹⁵⁰ o derogación tácita de la que han sido objeto las presunciones contenidas en la legislación penal aduanera¹⁵¹, lo cierto es que se presumen responsables del delito de fraude las personas que cometen o intervengan en los siguientes actos: “d) *Obtener engañosamente la liberación o la reducción de derechos para mercancías que no cumplen con las condiciones prescritas en la ley para concederlas*”.

Dicha norma castiga supuestos en los que fraudulentamente se obtiene, en el ámbito aduanero, una desgravación, entendida como toda medida que conduzca a una supresión o aminoración de las cuotas que, por aplicación de las normas reguladoras de un tributo, habrían de satisfacerse si las aludidas medidas no se hubieran adoptado¹⁵². Las desgravaciones, si bien no encajan adecuadamente dentro del concepto doctrinal de subvención, en tanto se trata de reducciones de la cuota fiscal que limitan una deuda tributaria previa –y no de disposiciones gratuitas que otorga el Estado en el marco de sus políti-

¹⁴⁹ En ese orden de ideas, BAJO FERNÁNDEZ - BACIGALUPO, *Delitos*, cit. (n. 13), pp. 153 y 154; MUÑOZ BAÑOS, *Infracciones*, cit. (n. 27), p. 438.

¹⁵⁰ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Sobre la constitucionalidad del tipo de fraude aduanero*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 15 (1993-1994), pp. 340 y 341; y HORVITZ, María Inés, *Problemas de aplicación de ley penal en el tiempo del delito de fraude aduanero*, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* 6 (abril de 2002), pp. 105-108.

¹⁵¹ PRADO CASAS, Benjamín - ELIZALDE ALDUNATE, Ramón, *Ordenanza de Aduanas. Anotada, comentada y concordada* (Santiago, LexisNexis, 2005), p. 154.

¹⁵² SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO - CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos*, cit. (n. 28), p. 205.

cas de fomento, con cargo al presupuesto de la Nación—, sí pueden incluirse dentro del concepto amplio de “*prestaciones improcedentes*” contenido en el numeral 8 del artículo 470 CP.

Advertida la colisión que puede presentarse entre la estafa de subvenciones y la figura contenida en la letra d) del artículo 181 Ord. Ad., creemos que en caso de que se obtenga fraudulentamente una desgravación en el ámbito aduanero, sólo cabrá aplicar la figura específica y más acotada consagrada en la aludida Ordenanza, tanto por razones de especialidad como de índole sistemática. Salvo, claro está, que sereste todo valor a las presunciones de fraude aduanero contenidas en dicho cuerpo normativo, en cuyo caso, los supuestos en que se obtengan engañosamente liberaciones o reducciones de derechos para mercancías que no cumplen con las condiciones prescritas en la ley para concederlas deberán reconducirse al tipo genérico del numeral 8 del artículo 470 CP. o a alguno de los supuestos específicos de fraude de subvenciones contenido en leyes especiales¹⁵³ a fin de que pueda sancionárselos penalmente.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

En primer término, parece claro que una adecuada tipificación de esta conducta, presupone tener en cuenta cuál es el objeto jurídico de la misma y cuáles, las diferencias entre ella y otras figuras similares, más aún si éstas se encuentran reguladas fuera del *Código Penal* —como es el caso de los delitos tributarios—, a fin de que exista la debida correspondencia entre todas aquellas normas que tienden a la protección de la Hacienda Fiscal. Si el ordenamiento jurídico chileno no dispone de un título independiente para tal efecto, en la línea del *Código Penal* español, deseable es que al menos se encuentren articuladas de manera coherente todas aquellas normas que están destinadas a su tutela.

Por otra parte, creemos que las conductas delictivas vinculadas con el tema de las subvenciones no pueden encontrar acomodo entre las normas que regulan el delito de estafa, ni en otros sectores, como el de las falsedades documentales, sencillamente, porque tienden a la protección de bienes jurídicos diferentes¹⁵⁴. Ello exige dotar de una regulación autónoma y diferenciada a esta figura —fuera de las disposiciones que rigen a la estafa—, que ponga de

¹⁵³ Como el artículo 30 de la Ley N° 18.634, sobre sistema de pago diferido de derechos de aduana, crédito fiscal y otros beneficios de carácter tributario que indica; o los artículos 6 y 7 de la Ley N° 18.708, que establece un sistema de reintegro de derechos y demás gravámenes aduaneros que indica en favor de los exportadores.

¹⁵⁴ En esa línea, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO - CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos*, cit. (n. 28), pp. 169 y 170.

relieve el interés que ella protege.

En ese sentido, pensamos que la solución adoptada por el *Anteproyecto de Código Penal* de 2005¹⁵⁵, constituye un avance más aparente que real, pues ubica a esta figura delictiva dentro del título 13º del libro II, dedicado a los “*Delitos contra la propiedad intelectual, industrial, el sistema financiero y otros intereses económicos*”, con los que escasos elementos comunes comparte. A nuestro juicio, más apropiada hubiese sido la creación de un título autónomo, destinado a castigar aquellas conductas que indiscutiblemente lesionan el patrimonio fiscal –los delitos tributarios, los delitos aduaneros y el fraude de subvenciones–, separadas de otras figuras que vulneran la propiedad u otros intereses de los particulares.

Además, de concebirse las subvenciones como un mecanismo fundamental en la asignación del gasto público, creemos que la conducta defraudatoria en ese ámbito, además de sancionarse con una pena de multa, debería traer consigo la pérdida, durante un determinado plazo, de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales, en la línea del inciso tercero del artículo 308 del *Código Penal* español¹⁵⁶.

Finalmente, creemos que consideraciones político-criminales ligadas a la necesidad de pena hacen aconsejable la consagración, con los debidos ajustes normativos, de una excusa absolutoria como la contemplada en el inciso cuarto del artículo 308 del *Código Penal* español, que exime de responsabilidad penal en relación con las subvenciones, desgravaciones o ayudas a que se refieren los incisos primero y segundo del citado precepto, al “que reintegre las cantidades recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección o control en relación con dichas subvenciones, desgravaciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate interponga querella o denuncia contra aquél dirigida”¹⁵⁷, esto es, siempre

¹⁵⁵ Véase la n. 9.

¹⁵⁶ Y la tutela del patrimonio estatal no culmina ahí, pues esa misma disposición, en sus incisos tercero y cuarto, sanciona estas conductas con prohibición, durante un plazo de hasta cinco años, para celebrar contratos con el Estado u otros entes públicos así como con suspensión por el plazo de hasta un año del ejercicio de profesiones oficiales, empleo o cargo público.

¹⁵⁷ En un sentido crítico a la disposición, cfr. GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, cit. (n. 33), pp. 349-362.

que el reintegro se verifique de manera espontánea y voluntaria¹⁵⁸.

[Recibido el 19 de enero y aprobado el 9 de marzo de 2009].

BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO PÉREZ, Antonio, *La regulación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social en el nuevo Código penal* (Valladolid, Lex Nova, 1997).
- ASÚA BATARRITA, Adela, *El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann* (Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995).
- ASÚA BATARRITA, Adela, *El delito de fraude de subvenciones*, en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios a la legislación penal* (Madrid, Edersa, 1997).
- AA.VV. - MINISTERIO DE JUSTICIA, *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública* (Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2004).
- BAIGÚN, David, *Integración regional y delitos económicos*, en *Teorías actuales en el Derecho penal* (Buenos Aires, AdHoc, 1998).
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel - BACIGALUPO, Silvina, *Delitos contra la Hacienda Pública* (Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000).
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel - BACIGALUPO, Silvina, *Delitos tributarios y previsionales* (Buenos Aires, Hammurabi, 2001).
- BOIX REIG, Javier - MIRA BENAVENT, Javier, *Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2000).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (Barcelona, Ariel, 1991).
- CAZORLA PRIETO, Luis María, *Derecho Financiero y Tributario, Parte General* (Navarra, Aranzadi, 2006).
- COBO DEL ROSAL, Manuel, *De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social - artículo 308*, en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios al Código Penal* (Madrid, CESEJ, 2006).
- CUGAT MAURI, Miriam, *Delitos contra la Hacienda Pública*, en CÓRDOBA RODA - GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (Barcelona, Marcial Pons 2004).

¹⁵⁸ AA. VV., *Manual*, cit. (n. 31), p. 521. Como destaca MUÑOZ BAÑOS, *Infracciones*, cit. (n. 27), p. 443, la circunstancia de que el precepto hable de “reintegro de las cantidades percibidas” parece indicar que sólo habrá exoneración de responsabilidad cuando se haya producido un desplazamiento patrimonial desde a Administración Pública al administrado, y no cuando se trate de ventajas obtenidas en especie, porque aquí no se recibe cantidad alguna. “En efecto, en el caso de la concesión de un interés preferencial o de la obtención de un descuento, el administrado no percibe cantidad alguna, sino que deja de gastarse o pagar cantidades que quien no obtiene tales ventajas debe satisfacer”. Por ello, creemos que, de existir una figura como ésta en la legislación penal chilena, aquélla debería contemplar tanto la exoneración de responsabilidad en caso de que se reintegre el importe de la prestación recibida, como en el supuesto de que se restituya el importe dejado de pagar como consecuencia de haber obtenido una ventaja indirecta.

- DAMARCO, Jorge Héctor, *La criminalización de los ilícitos fiscales*, en INSTITUTO LATINO-AMERICANO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, *Actas das XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário* (Lisboa, Associação Fiscal Portuguesa, 1998).
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte Especial* (Santiago, 1998).
- FERNÁNDEZ DE MOYA ROMERO, José Enrique, *El patrimonio como recurso financiero de la Hacienda Estatal* (Jaén, Universidad de Jaén, 2002).
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *La subvención: concepto y régimen jurídico* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983).
- FUENTES PALMA, Carlos, *Las remuneraciones y su protección* (Santiago, LexisNexis, 2005,).
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- GÓMEZ RIVERO, María Carmen, *El fraude de subvenciones* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1996).
- GRACIA MARTÍN, Luis, *Las infracciones de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal* (Madrid, Trivium, 1990).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *Aproximación a la problemática de la estafa*, en *Problemas actuales de derecho penal* (Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003).
- HORVITZ, María Inés, *Problemas de aplicación de ley penal en el tiempo del delito de fraude aduanero*, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* 6 (Abril de 2002).
- JAÉN VALLEJO, Manuel, *La protección penal en el ámbito de las subvenciones*, en BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal económico* (Buenos Aires, Hammurabi, 2005).
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht. Besonderer Teil* (Baden-Baden, Nomos, 2005).
- LANATA FUENZALIDA, Gabriela, *Manual de Legislación Previsional* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 2001).
- MARTÍN QUERALT, Juan - LOZANO SERRANO, Carmelo, *Curso de Derecho Financiero y Tributario* (Madrid, Tecnos, 2005).
- MARTÍNEZ IZQUIERDO, Severino, *El delito fiscal, con legislación y jurisprudencia* (Madrid, Rialp, 1989).
- MORALES PRATS, Fermín, *De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, en QUINTERO OLIVARES - MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código Penal* (Navarra, Aranzadi, 2005).
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Derecho penal español. Parte especial* (Madrid, Dykinson, 2005).
- MORILLO MÉNDez, Antonio, *Infracciones, sanciones tributarias y delitos contra la Hacienda Pública* (Valencia, CISS Praxis, 2000).
- MUÑOZ BAÑOS, Cipriano, *Infracciones tributarias y delitos contra la Hacienda Pública* (Madrid, Edersa, 1998).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial* (Valencia, Tirant lo Blanch 2004).
- OEHLER, Dietrich, *El fraude en las subvenciones*, en BARBERO SANTOS (editor), *Los delitos socio-económicos* (Madrid, Universidad de Madrid, 1985).
- POLITOFF, Sergio - MATUS, Jean Pierre - RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile 2004).
- PRADO CASAS, Benjamín - ELIZALDE ALDUNATE, Ramón, *Ordenanza de Aduanas. Anotada, comentada y concordada* (Santiago, LexisNexis, 2005).

- QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial* (Barcelona, Bosch 1992).
- RENGIER, Rudolf, *Strafrecht. Besonderer Teil* (München, Beck, 2000).
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis - OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *Delitos contra la función pública* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Sobre la constitucionalidad del tipo de fraude aduanero*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 15 (1993-1994).
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de Derecho Financiero* (Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1977).
- SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia, *El delito de fraude de subvenciones en el nuevo Código Penal* (Madrid, Editorial Colex, 1997).
- SCHÖNKE, Adolf - SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch. Kommentar* (25^a edición, München, Beck 1997).
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso - SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial* (Madrid, Dykinson, 2005).
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis - CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, *Delitos contra la Hacienda Pública* (Madrid, Edersa, 2002).
- UGALDE PRIETO, Rodrigo - GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Curso sobre delitos e infracciones tributarias* (Santiago, LexisNexis 2005).
- VALLS PRIETO, Javier, *De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social - artículo 308*, en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios al Código Penal* (Madrid, CESEJ, 2006).

