

Intervención en “razón de su cargo” del empleado público en el fraude al Fisco del artículo 239 del Código Penal (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota y Corte de Apelaciones de Valparaíso)

*Comentario de Jorge Toro Muñoz**

Quillota, cuatro de abril de dos mil dieciocho.

1. HECHOS ACREDITADOS

“DECIMONOVENO: Que este tribunal, ponderando con libertad los elementos de prueba enunciados en los motivos que preceden, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, ha adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, de que se han acreditado los siguientes hechos:

Durante el año 2012, C.M.V., a esa época funcionaria a contrata asimilada al estamento profesional, grado 8º, en el Servicio de Gobierno Interior y con desempeño en la Gobernación Provincial de Valparaíso, en el marco de las funciones relativas a la vinculación con diversas organizaciones comunitarias funcionales y territoriales, y siendo posteriormente electa Concejala por la Ilustre Municipalidad de Limache en la elección del día 28 de octubre de 2012, actuando infringiendo el deber de probidad que le obligaba a velar por la adecuada inversión social de los recursos públicos, se concertó con C.C.S., con el fin de obtener el pago de asignaciones o subvenciones por parte del Gobierno Regional de Valparaíso, mediante la postulación de proyectos fraudulentos, los cuales, o no se ejecutaron, o solo consistieron en algunas escasas actividades que no se condecían en modo alguno con el objeto y envergadura de tales proyectos y solo con el fin de aparentar su correcta y completa ejecución.

Fue así como C.M.V., en meses previos a las postulaciones al Fondo de Desarrollo Regional, junto a C.C.S. constituyeron una organización funcional denominada “Agrupación para el Desarrollo de la Familia”, y que obtuvo personalidad jurídica el día 14 de junio de 2011, y con domicilio en El Cobre, S/N, Población Juan Egaña, Limache, asesorando M. V. a C. S. para postular y obtener recursos públicos del referido fondo. Una vez

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: jortom48@gmail.com.

constituida dicha organización, C.M.V. se retiró de la misma y de su directiva, quedando C.C.S. en el cargo de Presidenta y como su representante legal, la que en los meses de abril y septiembre del año 2012, simulando la voluntad de ejecutar los proyectos, presentó ante el Gobierno Regional, dos proyectos en el marco del concurso de financiamiento público para iniciativas de seguridad ciudadana, con cargo al 2% del FNDR año 2012, denominados Proyecto “Más seguridad mejores Alumnos”, comuna de Limache, por el monto de \$ 16.998.990.- (seguridad ciudadana) y Proyecto “Limache más Seguro”, comuna de Limache, por el monto de \$ 19.998.990.- (seguridad ciudadana).

Una vez aprobados por el Consejo Regional, el Gobierno Regional de asignó desde cuenta corriente institucional del Banco Estado Nº 23909219477, hacia la cuenta de ahorro Banco Estado Nº 23761658603, de la cual es titular la mencionada agrupación, el monto íntegro de cada uno de los proyectos. Así, el día 23 de noviembre de 2012, se realizó una transferencia por la suma total de \$ 16.998.990, y el día 22 de agosto de 2012, se giró un cheque por la suma total de \$ 19.998.990, a nombre de la referida organización. C.M.V, gestionó activamente el retiro de los fondos y, estando los mismos en la cuenta de la “Agrupación para el Desarrollo de la Familia” desde el día 04 de octubre el 2012, los recursos ascendentes \$ 19.998.990, y desde el día 26 de noviembre de 2012, los recursos por la suma de \$ 16.998.990, gran parte de los mismos fueron desviados a fines ajenos a los mencionados proyectos, lo cual se colige de las escasas actividades que se ejecutaron, atendido el monto de las asignaciones obtenidas.

Requerida por el GORE, la representante de la organización C.C.S., rindió cuentas de los proyectos con fecha 09 de julio de 2013, mediante la presentación de facturas emitidas por la empresa ASG Producciones E.I.R.L. o G Producción de Eventos y otros, correspondientes al mismo emisor, quien nunca prestó los servicios consignados en los referidos documentos (...)

Esta acción tuvo por objeto evitar que el accionar de M.V. y C.S. fuera descubierto por la autoridad, rindiendo cuenta con los documentos mencionados, y en los que se hace aparecer a la empresa ASG Producciones E.I.R.L. y/o G Producción de Eventos y otros, mismo representante, como supuesta proveedora de la “Agrupación para el Desarrollo de la Familia”, en el marco de los proyectos no ejecutados o que escasamente lo fueron.

Las maniobras descritas provocaron a las arcas del Gobierno Regional de Valparaíso y al Estado de Chile un perjuicio ascendente a \$ 36.997.980, suma que no se ha reintegrado a la fecha”.

2. INTERVENCIÓN “EN RAZÓN DE SU CARGO”

“VIGÉSIMO: “Si bien es cierto que resultó acreditado que la “Agrupación para el Desarrollo de la Familia” se constituyó el día 31 de mayo de 2011 (...) es posible igualmente colegir que desde el 05 de septiembre de 2011 hasta el 7 de abril de 2014 la acusada C.M.V. tuvo la calidad de empleada pública, esto es, durante un período que abarca los años 2012 y 2013 respecto de los cuales resultaron acreditadas actividades realizadas por M. V. relativas a la elaboración y presentación de los proyectos “Limache

más seguro” y “Más seguridad y mejores alumnos” de la Agrupación para el Desarrollo de la Familia de Limache y a la gestión del retiro de los fondos adjudicados a esa agrupación por tales proyectos”.

(...) Por otra parte, en concepto de los juzgadores, la acusada M. V. en su calidad de empleada pública intervino en las aludidas operaciones con competencia para haberlas efectuado en razón de su cargo. Los profesores Rodríguez y Ossandón en la página 417 de su obra citada señalan que la intervención del empleado público en las operaciones puede ser de cualquier clase, pero entendiendo que en esa intervención al funcionario ha de caberle un cierto grado de responsabilidad en la corrección del procedimiento y de las decisiones. Teniendo presente ello, estimamos los juzgadores que no es la competencia territorial, esto es, no es el ámbito geográfico donde desarrolla sus funciones el empleado público, ni tampoco su competencia funcional, entendida ésta como su determinado campo de acción en conformidad a un procedimiento administrativo, lo que debe considerarse para estimar configurado un fraude al Fisco, como aparece sugerir la defensa de la acusada M.V., ya que de esa manera, solo el funcionario que ejerce labores que les son propias a su cargo y solo en su espacio territorial en que las ejerce, podría cometer la actuación defraudatoria, en circunstancias que la intención legislativa con la modificación introducida al artículo 239 del Código Penal fue la de ampliar su ámbito de aplicación y no limitarlo solo a aquellos sujetos que tuvieran competencia específicas de orden contractual, y porque, además, la actuación defraudatoria asume normalmente una actuación fuera del marco de un procedimiento administrativo regular y siempre importará una vulneración al deber de probidad que permanente deben respetar los empleados públicos en los asuntos en los que participen y que estén relacionados con la Administración Pública.

En definitiva, para estos juzgadores, la competencia del empleado público para intervenir en las operaciones en razón de su cargo debe considerar la aptitud que tiene el empleado público, a partir de un cierto conocimiento y posición estratégica que le otorga su cargo, para poder realizar sus actuaciones defraudatorias, lo que sucedió en el caso de marras con la acusada C.M.V. (...).

3. PENA IMPUESTA

“I. *En cuanto a la acción penal:*

I.— Que se CONDENA a la acusada C.M.V., (...), ya individualizada, como autora en los términos del artículo 15 N° 1, del delito consumado de FRAUDE AL FISCO, previsto y sancionado en el artículo 239, ambos artículos señalados del Código Penal, cometido en carácter de reiterado los días 04 de octubre de 2012 y 26 de noviembre de 2012, en la comuna de Limache, a sufrir la pena de DIEZ AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MEDIO y a las accesorias de multa del 10% del perjuicio causado y de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

II.— Que se CONDENA a la acusada C.C.S., (...), ya individualizada, como CÓMPlice en los términos del artículo 16, del delito consumado de FRAUDE AL FISCO, previsto y sancionado en el artículo 239, ambos artículos señalados del Código Penal, cometido en carácter de reiterado los días los días 04 de octubre de 2012 y 26 de noviembre de 2012, en la comuna de Limache, a sufrir la pena de CINCO AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO, y a las accesorias de multa del 10% del perjuicio causado y de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

III.— Que considerando la extensión de la condena impuesta a cada una de las sentenciadas, no tienen derecho a pena sustitutiva alguna de la Ley Nº 18.216, de manera tal que deberán cumplir efectivamente la pena privativa de libertad que se le ha impuesto a cada una (...).

Rit Nº 196-2017.

Valparaíso, veinte de junio de dos mil dieciocho.

1. CAUSAL NULIDAD INVOCADA

“DECIMOSEXTO: Que, para avalar este reclamo la defensa de la condenada C.M.V. postula, en lo fundamental, que los jueces de la instancia habrían cometido un yerro de derecho al calificar como fraude al fisco hechos que desde el rol de esta acusada en los mismos resultan atípicos, o que cabría desplazar a la estafa residual del artículo 473 del Código Penal, por faltar en ella la calidad de funcionario público a la época en que se produjo el ardid o el incumplimiento de deber funcionario que el considerando decimonoveno del fallo entiende parte de fraude al fisco. Apoya sus dichos señalando, además, que la sentencia impugnada opta por construir el tipo de fraude al fisco siguiendo la línea de Fraude por Engaño, y que “[...] entonces cabe reconocer que al mes de mayo de 2011 en que se constituyó la Agrupación para el Desarrollo de la Familia, que sería la modalidad de fachada que se usaría más tarde para presentar los proyectos al amparo del Fondo del 2% Regional, de acuerdo a la propia cronología que el mismo fallo da por establecida y siendo congruente con ella, se debió advertir al razonar y calificar la conducta punible que a esa fecha (...) M. no era funcionaria pública: No era Concejal, ni era Jefa de Gabinete de la Gobernación de Valparaíso (...) la acusada M. V. no era funcionaria pública ni a la etapa de la realización del engaño ni a la de presentación de los proyectos para su aprobación y pago posterior de los fondos adjudicados, sosteniendo, en definitiva, que de haberse aplicado correctamente el derecho penal sustantivo vigente, esta acusada debió quedar liberada de cargos (...) “[...] o bien aplicarle una pena menor (...)”.

2. RECHAZO CAUSAL NULIDAD

“VIGÉSIMO: Que, contrariamente a lo que plantea la defensa de la encartada M.V., el hecho que ella haya variado la función en que se desempeñaba dentro de la administración pública, sea como Concejal, sea como jefa de gabinete en el Gobierno Regional carece de relieve, porque tal variación no incide en el establecimiento de la calidad funcionario público como elemento del tipo penal, tal como ocurre en otras figuras, puesto que cualquiera de las dos satisface las exigencias del artículo 260 del Código Penal, que comprende tanto a los empleados públicos del Estado central como de la administración municipal, incluidos los de elección popular” (...)

“VIGESIMOPRIMERO: Que, en lo que respecta al argumento relativo a que esta sentenciada no era ni concejal ni jefe de gabinete del Gobierno Regional a la fecha de constitución de la organización funcional “Agrupación para el Desarrollo de la Familia” tampoco es atingente, puesto que se está en presencia de delitos consumados de fraude al fisco, siendo la fecha de comisión de los ilícitos las mencionadas precedentemente, cuando la encartada sí tenía la calidad que la defensa discute. Así, no cabe retrotraer los hechos hasta la ocurrencia de los primeros actos ejecutivos, como lo fue la postulación a los fondos concursables o, peor aún, hasta la realización de los actos preparatorios, esto es, hasta la constitución de la persona jurídica que posteriormente se utilizó para obtenerlos. Por último, incluso en el evento que la aludida enjuiciada no hubiere sido funcionaria pública al 31 de mayo de 2011, sí lo era cuando los fondos recibidos desde el Estado fueron retirados de la cuenta bancaria de la organización comunitaria en referencia, sustrayéndolos del destino para el cual fueron entregados por el Gobierno Regional, de forma tal que el supuesto yerro del tribunal, aun si se hubiere producido, no ha incidido de manera sustantiva en lo dispositivo del fallo”.

Rol N° 958-2018.

COMENTARIO

El denominado delito de fraude al Fisco sancionado en el artículo 239 del Código Penal establece en su inciso primero:

“Art. 239. El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo”.

Las decisiones judiciales en comento expresan una tesis amplia acerca de la forma en que es posible concebir la intervención del empleado público en las operaciones constitutivas de fraude: estiman que basta con que el sujeto activo al momento de intervenir en las operaciones defraudatorias cuente con la calidad de funcionario público,

sin perjuicio de la ausencia de competencia funcional o territorial en el proceso que determina la disposición patrimonial fiscal.

Para nuestros efectos, nos limitamos a comentar la conducta establecida respecto de C.M.V. y la evaluación de su intervención en calidad de empleado público, dejando de lado varias otras consideraciones que la jurisprudencia comentada merece, pero que demandan una explicación adicional en otro lugar.

I. En primer lugar, la modificación legislativa del artículo 239 por Ley Nº 20.341 de 22 de abril 2009 concierne solo al régimen punitivo vigente, conservando incólume el núcleo del tipo diseñado por el Código Penal originario de 1875. La reforma de 2009 tuvo un específico objeto de aumentar las penas para los casos de fraude, aplicando el aumento progresivo en razón del monto defraudado, modificando la norma solo en lo referente a las penas privativas de libertad y accesorias¹. Por tanto, el argumento del tribunal de grado fundado en que la reforma buscaba ampliar la aplicación de la figura de fraude a sujetos no comprendidos por su anterior texto, es inexacta. Lo único verificable es que el texto vigente es crítico confrontado con el mandato de determinación estricta de la conducta, corolario del principio de legalidad². Tal objeción se sustenta en los términos de que la locución “defraudare” rectora de la norma de sanción, ha sido entendida en sentido amplio, significando cualquier maniobra, técnica o ardid constitutiva de intervención en la operación fraudulenta desde el cargo público en ejercicio³.

La peligrosa amplitud del marco de operaciones susceptibles de adecuarse a una defraudación, se representan en la descripción de la intervención de C.M.V, quien se habría concertado –señala la sentencia de grado– con “el fin de obtener el pago de asignaciones o subvenciones por parte del Gobierno Regional (...) mediante la postulación de proyectos fraudulentos” no ejecutados o realizados de manera insignificante, con relación a las asignaciones en dinero obtenidas, aprovechando su vinculación con organizaciones sociales para luego promover la obtención de los fondos públicos.

II. La expresión “en razón de su cargo”. Al punto en discusión, la doctrina parece inclinarse hacia una opinión contraria a la sostenida por la sentencia. En general, se ha considerado que en la intervención debe existir algún grado de competencia o facultad en el proceso que determina la disposición patrimonial. En este sentido, Rodríguez y Ossandón: “(...) esto es, que tiene competencia para participar en ciertas operaciones.

¹ Historia de la Ley Nº 20.341, Biblioteca del Congreso Nacional, Boletín Nº 5725-07, de 16.01.2008, p. 3: “Lo que pretende este proyecto es reformar la penalidad de ciertos delitos contra la función pública. Específicamente: a) Aplicar al delito de fraude al fisco, el mismo criterio de penalización utilizado en las defraudaciones, o sea, el monto comprometido, pero estableciendo penas más elevadas, en razón de la gravedad que supone la ejecución del delito por un funcionario público”.

² HERNÁNDEZ, 2005, p. 235: “Las dificultades que ofrece el art. 239 CP. no se refieren entonces a la estrechez de sus términos, sino, más bien al contrario, a la desmesurada amplitud –apenas conciliable con el principio de reserva legal– de un delito que consiste simplemente, sin mayores precisiones, en “defraudar al Estado”.

³ Cfr. RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN, 2005, pp. 414-431.

Como la disposición no distingue, podría tratarse de cualquier clase de intervención, pero entendiendo siempre que en ella al funcionario ha de caberle un cierto grado de responsabilidad en la corrección del procedimiento y las decisiones, lo que fundamenta la mayor penalidad⁴.

Si se estima que intervenir “en razón de su cargo” prescinde de cualquier grado de competencia en la disposición patrimonial, la determinación de las operaciones en que cualquier empleado público puede manifestar algún grado de injerencia o interés en contribuir a la comisión del hecho punible, prescinde de la propia estructura de los delitos especiales contra la función pública. Si la categoría se distingue por la actividad del sujeto activo cualificado, la inteligencia de intervenir en razón del propio cargo, responde –por antonomasia– a la atribución oficial que ostenta el empleado público para participar o contribuir en la decisión como actividad “desde” su competencia orgánica. La tesis jurisprudencial expresa que la intervención punible se configura contribuyendo de cualquier forma en una operación defraudatoria, disponiendo del cargo para la consecución del propósito delictivo.

En los hechos establecidos, la intervención de C. M. V. se traduce en asesorar, gestionar y promover operaciones que resultaron luego en un incumplimiento de la obligación contraída por los gestores de los programas de inversión social, agregando la sentencia de grado que basta considerar “la aptitud que tiene el empleado público, a partir de un cierto conocimiento y posición estratégica que le otorga su cargo, para poder realizar sus actuaciones defraudatorias”. Pero la pregunta relevante para el caso es ¿en qué medida el cargo ejercido obedece a una actuación “en razón de su cargo”? Las decisiones judiciales en revisión se inclinan por desmarcarse de la competencia concreta. A nuestro entender, el fraude al fisco exige como requisito *sine qua non* que el sujeto activo intervenga en una operación delimitada por el marco de acción establecida por la competencia estamental.

Actuar en “razón de su cargo” significa obrar en función de la operación dirigida a quebrantar la vigencia de la norma constitutiva sobre asignación de recursos públicos. Para estar en presencia de una infracción a la norma especial de comportamiento establecida para su ejercicio, en términos que la actuación debe poseer la cualidad intrínseca distorsiva de la función pública que le compete. Si el funcionario presta su voluntad o asentimiento en la realización de operaciones que no representan una actividad derivada de su investidura oficial, no se interviene “en razón” de su competencia funcional o territorial, más bien significan lo que se ha denominado un “prevalimiento” de su cargo⁵, un actuar “con ocasión” de su posición al interior de una determinada repartición pública, pero en caso alguno tal actividad configura fraude al fisco como delito especial.

⁴ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN, 2005, p. 417.

⁵ En este sentido, criticando la tesis amplia GUZMÁN, 2011, pp. 162-163: “Sin embargo, dicha tesis hace violencia a la dicción legal, que no reza ‘prevaliéndose’ del cargo o de las oportunidades que este brinda, porque parte de la base de un abuso de ciertas atribuciones, y está impedido de abusar de ellas quien tampoco es capaz de ejercerlas porque no las posee. Esto aparte, semejante interpretación desnaturaliza el sentido del delito y anula la *ratio* de su individualidad, aquella que lo diferencia de un fraude vulgar, que no es otra sino la confianza funcional que la Administración cifró en el empleado y que él traiciona”.

Sobre todo –para el caso concreto– no puede eludirse para justificar el reproche de culpabilidad intrínseco que la norma castiga y la proporcionalidad de la pena impuesta, el empleado debe transgredir la propia competencia oficial “en referencia” al patrimonio público captado por la operación en que interviene, expresivo de una facultad o deber funcionario específico desvirtuado frente a terceros ajenos a la Administración pública. Como expresa Hernández “el art. 239 (del Código Penal) se refiere en realidad a los funcionarios que representan al Estado en operaciones en que deben intervenir por razón de su cargo”⁶, es decir, la función pública encomendada lo posiciona en la obligación de ejercer su cargo frente a la operación que se le presenta, como parte integrante de alguna de las etapas del proceso oficial en que la institución pública compromete el patrimonio que administra.

A mayor abundamiento, las maniobras desplegadas por C.M.V., si bien se realizaron bajo distintos nombramientos en calidad de empleado público (como sostiene el fallo de la Corte), ninguna de estas significó una intervención “en representación” de la oficina pública afectada. No se logra observar que la actividad desplegada se haya realizado “en nombre” de su investidura. En estas circunstancias no se verifica el injusto que fundamenta la entidad de la sanción impuesta, por el contrario, parece evidente que, si bien la acción acreditada configura la intervención en una operación destinada a defraudar, no se logra componer que tales maniobras se verifiquen “en razón de su cargo”. En concreto, se presenta lo que Mañalich advierte respecto de la tesis de fraude al Fisco como estafa, pero adoptando sus términos en analogía sobre el comportamiento de un funcionario *extraneus* al ámbito de competencia que define la prestación patrimonial, considerando sobre todo que “el injusto del fraude al fisco se corresponde con un menoscabo patrimonial ocasionado “desde dentro”, y no “desde fuera”⁷.

III. La sentencia de grado plantea la infracción a la probidad administrativa como presupuesto integrante del injusto. Si bien es efectivo que respecto de todo empleado público constituye un principio inspirador de las normas de comportamiento estatutarias, en caso alguno la intervención típica puede satisfacerse con la infracción a deberes genéricos. La sentencia establece que C.M.V. habría obrado infringiendo “(...) el deber de probidad que le obligaba a velar por la adecuada inversión social de los recursos públicos (...)”, motivo por el que toda la actividad desplegada –entre las fechas establecidas– constituye una contravención constitutiva del injusto. Esta afirmación es objetable en atención a que en el hecho establecido no se determina cómo la contribución reprochada se manifiesta en un obrar que atenta en contra un “imaginario” deber general de corrección sobre los intereses patrimoniales y su erogación con fines de bien público, precisamente porque tal garantía de actuación solo corresponde a un deber específico de los funcionarios destinados a estas decisiones, competencia que no fue establecida para el caso de C.M.V.

⁶ HERNÁNDEZ, 2005, p. 238.

⁷ MAÑALICH, 2012, p. 373.

Semejante adecuación típica permitiría entender que todo empleado público debe velar por la inversión adecuada del erario de su repartición, conducta que en caso alguno siquiera importa un deber funcionario, salvo para aquellos que deben decidir respecto de la aprobación o inversión en proyectos de su competencia. La Corte Suprema estableció que los deberes propios del cargo (en un delito de cohecho) no se refieren a la infracción de la probidad administrativa común a todo funcionario, constituyendo solo acción típica la contravención de la competencia orgánica dispuesta para cada servidor público, estimando la Corte que en estos delitos el legislador sanciona la infracción a la “identidad de cada rol”⁸.

IV. Por último, anotamos la posibilidad de reconducir los hechos establecidos a una norma de sanción que comprenda una forma jurídica de restablecimiento de la vigencia de la norma —entendemos— conculcada por C.M.V., la que solo puede encontrarse en la estructura de los delitos comunes. Existe la alternativa de calificarlos al tenor del artículo 480 N° 7 del Código Penal, mal denominado “fraude de subvenciones”, entendiendo que el comportamiento ejecutado importa la intervención en una operación fraudulenta en que se obtienen unas prestaciones económicas del Estado⁹, estimándose la calidad de empleado público como una circunstancia agravante de la circunstancia 8ª del artículo 12 del Código Penal, esto es: “Prevalerse del carácter público que tenga el culpable” que por las razones expuestas, constituye el límite del obrar de C.M.V. Otra opción (como lo esboza la defensa) es considerar la intervención como estafa residual, pero entendemos también con la concurrencia de la agravante de “prevalimiento” referida. Entendemos que la calidad de empleado público contribuyó para facilitar las maniobras de los gestores, aprovechando esa posición en favor de la consumación, pero sin constituir una actuación “en razón de su cargo”.

⁸ En este sentido, sentencia de la Corte Suprema, 13.06.2013, rol 2560-2013: “Dentro de la administración pública, cada funcionario está llamado a ejercer un rol específico y es esa especificidad la que se encuentra concernida por el tipo penal del artículo 248 bis. No bastó al ordenamiento punir el atentado funcionario grave, pues no se constrictó a la protección de los vastos límites de la eficiente ‘servicialidad’ funcionaria sino que, desbordándola, extremó su amparo para cubrir de oprobio el atentado a la identidad de cada rol. No es otro el estándar del artículo 248 bis, a la luz del paradigma del artículo 19 N°3° inciso final de la Constitución Política de la República (Considerando vigesimoséptimo)”. Sin perjuicio de la distinta estructura típica del cohecho por deberes propios del cargo y el fraude al fisco, el concepto en juego referente a la identidad específica del rol del funcionario como expresión del principio de estricta legalidad, cumple la misma función en el papel del empleado público que actúa en razón de su cargo.

⁹ En sentido contrario, MAYER, 2009, pp. 301-304, quien, si bien estima que la enumeración de prestaciones estatales obtenidas que señala el precepto anotado es enunciativa, contemplando el tipo la posibilidad de configurar injusto otras erogaciones percibidas de manera fraudulenta, considera que el sujeto activo no se extiende a quienes, una vez obtenida la prestación económica estatal, han incumplido las condiciones o finalidades tenidas en vista al momento de la adjudicación. Anota que esta figura existe en forma expresa en el derecho español, en el artículo 308. 2 del Código Penal, en el siguiente tenor: “... al que, en el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones públicas los aplique en una cantidad superior a ciento veinte mil euros a fines distintos de aquellos para los que la subvención o ayuda fue concedida...”.