



Revista de Derecho - Universidad
Católica del Norte
ISSN: 0717-5345
revistaderecho@ucn.cl
Universidad Católica del Norte
Chile

BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO
COMUNICABILIDAD DE LA CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO EN LOS DELITOS
CONTRA LA FUNCIÓN PÚBLICA. ESPECIAL REFERENCIA A LA MALVERSACIÓN DE
CAUDALES PÚBLICOS Y AL FRAUDE AL FISCO
Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, vol. 19, núm. 2, 2012, pp. 45-81
Universidad Católica del Norte
Coquimbo, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041344003>

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

COMUNICABILIDAD DE LA CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO EN LOS DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN PÚBLICA. ESPECIAL REFERENCIA A LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS Y AL FRAUDE AL FISCO*

GUSTAVO BALMACEDA HOYOS**

RESUMEN: Uno de los aspectos más problemáticos del estudio de los denominados “delitos contra la función pública” alude a su clasificación como delitos en que se exige una calidad especial al sujeto activo, la de “funcionario público”. En el presente trabajo se somete a examen el rendimiento de las diversas respuestas que se han dado en la doctrina chilena a los casos en que existe más de un partícipe (supuestos de codelincuencia), reuniendo uno (o más) de ellos la característica especial exigida por el tipo penal y otro (u otros) que no la poseen. Se postula que ninguna de las diferentes posiciones dogmáticas soluciona los problemas que plantea la comunicabilidad. Y como consecuencia de esto, se cree que la solución debe encontrarse en una reforma consistente en un establecimiento de una regla de determinación de la pena en la Parte General que obligue o faculte al juez a rebajar la pena al *extraneus*.

PALABRAS CLAVE: Malversación - fraude al Fisco comunicabilidad autoría y participación.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Iniciación en Investigación Conicyt-Fondecyt de Chile, 2011-2013, N° 11110015, titulado: «Malversación de caudales públicos y fraude al fisco. Divisibilidad de los títulos de imputación y comunicabilidad de la calidad del sujeto activo»

Fecha de Recepción: 27 de junio de 2012.

Fecha de Aceptación: 18 de octubre de 2012.

Principales abreviaturas utilizadas: CA = Iltma. Corte de Apelaciones; CP = Código Penal; CS = Excma. Corte Suprema; FM = Revista Fallos del Mes; GJ = Revista Gaceta Jurídica; NM = Número(s) de margen; § = Parágrafo(s); RDJ = Revista de Derecho y Jurisprudencia; RIT = Rol Interno del Tribunal; SCA = Sentencia(s) de la Iltma. Corte de Apelaciones; SCS = Sentencia(s) de la Excma. Corte Suprema Chilena de Justicia; Secc. Crim. = Sección criminal; STOP = Sentencia(s) del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal; SJG = Sentencia(s) del Juzgado de Garantía; y STS = Sentencia(s) del Tribunal Supremo español.

** Abogado (Universidad de Chile). Doctor en Derecho Penal (Universidad de Salamanca, España). Profesor de Derecho Penal (Universidad de los Andes, Chile). Correo electrónico: gbalmaceda@uandes.cl ; gbalmah@gmail.com. El autor agradece la valiosa colaboración del Egresado de Derecho de la Universidad de Chile, Sr. Ignacio Araya Paredes.

TREATMENT OF THE ACTIVE SUBJECT QUALITY IN CRIMES COMMITTED AGAINST THE PUBLIC FUNCTION. SPECIAL REFERENCE TO EMBEZZLEMENT AND TO TREASURY FRAUD

ABSTRACT: One of the most troublesome aspects in the study of the so called “crimes against the public function” refers to its classification as crimes that require a special quality from the active subject: that of “public officer”. This article scrutinizes the output of diverse responses provided throughout the Chilean doctrine to those cases where there exists more than one participant –alleged co-delinquency- when one (or more) meets the special characteristic entailed by the penal type and the other (or others) lacks it. It is postulated that no of the different dogmatic positions solves the problems that communicability poses. And as a result of this, the solution must be a reform with an establishment of a rule of penalty in the Criminal Law’s General Part that forces or authorizes the judge reducing the penalty to the extraneus.

KEY WORDS: Embezzlement - Treasury fraud communicability responsibility and participation.

INTRODUCCIÓN

La preocupación de los distintos ordenamientos jurídicos por el correcto desempeño de la función pública ha sido una constante histórica. Se ha manifestado en el Derecho contemporáneo mediante la inclusión de disposiciones legales tanto en sede administrativa como en sede penal, que tienen como objetivo proteger el correcto ejercicio de la *función pública*, estableciendo una serie de sanciones en caso que los sujetos que ejercen tal función –los denominados *funcionarios públicos*– incumplan los deberes correspondientes a sus cargos. Estas sanciones, en los casos más graves, llegarán a tener carácter penal (en virtud del principio de *extrema o ultima ratio*)¹.

¹ ASÚA BATARRITA, Adela (1997) *Delitos contra la administración pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, p. 29ss. Coincidimos con la autora en que “La importancia de la erradicación de las prácticas corruptas requiere que los medios para combatirla sean racionales y eficaces. Es sabido que la eficacia no viene determinada por la drásticidad, sino por la oportunidad, la practicabilidad y la inmediatez de la reacción ante una actuación irregular”. En este sentido, serían fundamentales para lograr este objetivo: (i) la regulación legal de la transparencia; (ii) la existencia de controles jurisdiccionales contencioso-administrativas; (iii) la existencia de controles de legalidad y de carácter disciplinario respecto de actos de los miembros de la administración; y, (iv) finalmente, el recurso al control penal, el que “debe reducirse al tratamiento de conductas de gran calado de ilegalidad, aquellas al-

Es dentro de esta preocupación que en el Ordenamiento jurídico chileno, desde la redacción original de su CP, se encuentran tipificados los delitos de malversación de caudales públicos en sus diversas hipótesis (arts. 233 a 238 CP) y de fraude al Fisco (art. 239 CP). Estas figuras son de especial relevancia dentro de los delitos cometidos por funcionarios públicos, pues en ellas junto a la trascendencia de la correcta función pública, como objeto de protección en sí mismo relevante, se suma la protección del patrimonio público².

El delito de malversación de caudales públicos consiste, a grandes rasgos, en “la inversión ilícita, esto es, el empleo indebido, a través de actos de apropiación o alteración de bienes públicos o equiparados a ellos, por parte de quien los tiene a su cargo en virtud de una específica función también pública”³. Encuentra sus orígenes remotos en el *crimen repetundarum* del Derecho romano “que sancionaba todo daño patrimonial provocado por magistrados u otros cargos públicos y [era] castigado con el interdicto ‘*aqua et igni*’ que suponía la pérdida de la ciudadanía, la expulsión de la ciudad y la confiscación de todos sus bienes”⁴. Sus antecedentes más próximos se encuentran en el denominado *crimen de peculatus*⁵ (o *peculado*, como habitualmente se conoce), surgido en Roma a inicios del Imperio, aunque este tenía una serie de particularidades que lo diferencian de lo que hoy llamamos malversación⁶. Posteriormente también fue contemplado en las Partidas (Partida VII, Título XIV, Ley XIV) y en la

tamente intolerables para la vigencia del orden administrativo conforme a las pautas básicas del sistema constitucional. De acuerdo con el criterio de fragmentariedad y de *ultima ratio* del derecho penal, la incriminación penal queda reservada para los hechos que no puedan tratarse de forma adecuada a través de los anteriores instrumentos de control o supervisión”.

² Sobre el concepto y los alcances del “Patrimonio Público”, véase GALLEGOSOLER, José Ignacio (2002) *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 78ss.

³ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (2009). “La malversación de caudales públicos en el Código Penal Chileno”. En Guzmán Dálbora, José Luis: *Estudios y Defensas Penales*. Santiago de Chile: LegalPublishing, pp. 329-399, p. 332.

⁴ OLIVEROS ROSELLÓ, José (1996) “La malversación en el Código Penal de 1995”. En González Cussac, José Luis (director): *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, Cuadernos de Derecho Judicial, Nº 30, pp. 257-304, p. 260.

⁵ ENTRENÁ FABRÉ, Rafael (1999) *El delito de malversación*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 16. En palabras del autor, “su *nomen iuris* tiene su origen en el hecho de que en la Antigua Roma el ganado, *pecus*, servía como instrumento de cambio y medida de valor, por lo que el Erario constituía en una manada de bueyes y ovejas y constituía, por tanto, el antecedente del dinero, *pecunia*”.

⁶ OLESA MUÑIDO, Francisco (1983). “El delito de malversación por sustracción de caudales o efectos públicos en el vigente Código Penal español”, en Mir Puig, S.-Córdoba Roda, J.-Quintero Olivares, G. (coordinadores): *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*. Barcelona: Bosch, pp. 621-674. T. I, p. 632, donde señala que el peculado “solo excepcionalmente exigía una especial calidad en el agente. Era el carácter público de la cosa sustraída lo que calificaba el hecho como *furtum publicum*”.

Novísima Recopilación (Libro XII, Título XV, Ley VII)⁷, desde donde pasaron a los Códigos Penales españoles de 1822 y 1848 (arts. 309 a 313)⁸ y, desde este último (y su versión modificada de 1850), al Código Penal chileno (arts. 233 a 238)⁹. El CP chileno se refiere a cuatro hipótesis de malversación: malversación por apropiación o peculado (art. 233¹⁰, modalidad dolosa, y art. 234¹¹ supuesto culposo); malversación por distracción o desfalco (art. 235¹²); malversación por aplicación pública diferente (art. 236¹³); y negativa a un pago o entrega (art. 237¹⁴)¹⁵.

El delito de fraude al Fisco, por su parte, se encuentra descrito y sancionado en el artículo 239 del CP chileno. Esta disposición sanciona al

⁷ ENTRENÁ (1999) 17. Cabe destacar que en estos cuerpos normativos el delito de malversación era sancionado con pena de muerte y, residualmente, con multa.

⁸ ENTRENÁ (1999) 18s.

⁹ Para un claro análisis de la historia de estos preceptos, véase GUZMÁN (2009) 329ss.

¹⁰ “Art. 233. El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substrajere o consintiere que otro los substraiga, será castigado: 1.º Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la substracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales. 2.º Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales. 3.º Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales. En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos”.

¹¹ “Art. 234. El empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la substracción de caudales o efectos públicos o de particulares de que se trata en los tres números del artículo anterior, incurirá en la pena de suspensión en cualquiera de sus grados, quedando además obligado a la devolución de la cantidad o efectos substraídos”.

¹² “Art. 235. El empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, sufrirá las penas de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa de diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere substraído. No verificado el reintegro, se le aplicarán las penas señaladas en el artículo 233. Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, las penas serán suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinte y cinco por ciento de la cantidad substraída sin perjuicio del reintegro”.

¹³ “Art. 236. El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento”.

¹⁴ “Art. 237. El empleado público que, debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, rehusare hacerlo sin causa bastante, sufrirá la pena de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio. Esta disposición es aplicable al empleado público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración”.

¹⁵ Sobre esta sistematización, por todos, RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena (2008) *Delitos contra la función pública*, Santiago de Chile, 2^a Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 384.

“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”.

Una de las aristas más relevantes del estudio de estas figuras delictivas se refiere precisamente a su clasificación como delitos en que se exige una calidad especial al sujeto activo, la de *funcionario público*. En el presente trabajo se analizará el tratamiento que debe darse en el Derecho chileno a los casos en que existe más de un partícipe en el hecho delictivo en cuestión (supuestos de *codelincuencia*), reuniendo uno (o más) de ellos la característica especial exigida por el tipo penal –ser *funcionario público (intraneus)*– y otro (u otros) que no la poseen (*extraneus*).

1. ACLARACIONES PRELIMINARES

1.1.) LOS DELITOS ESPECIALES

Entendemos que son *delitos especiales* aquellos “de los que solo pueden ser sujetos quienes posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley”¹⁶. Se distinguen dos clases de ellos, los delitos especiales *propios*, en los cuales el tipo penal designa como autor a sujetos que poseen una calidad especial, sin existir una figura delictiva aplicable a los sujetos que no la posea; y los delitos especiales *improperios*, que son aquellos que pueden ser cometidos por cualquiera, pero en los cuales la calidad especial del sujeto agrava la penalidad, existiendo una figura base o *residual* aplicable a los que no la posean¹⁷.

Relacionadas con la materia analizada en el presente trabajo, dos cuestiones son intensamente debatidas en la doctrina: la razón de la limitación del círculo de autores y los efectos que esta limitación tiene respecto a la posibilidad o imposibilidad de imputación a terceros que no la reúnan. Respecto del primer punto no será posible entrar en un mayor análisis, por lo que basta señalar que partimos de un concepto amplio de delito especial, según el cual estos son todos aquellos en los cuales no puede responder como autor cualquier persona, sino únicamente determinados sujetos, no existiendo un único fundamento para esta limitación del círculo de autores y siendo irrelevante si la restricción de la autoría a

¹⁶ MIR PUIG, Santiago (2011) *Derecho Penal. Parte General*, 9^a Ed. Barcelona: Reppertor, p. 237.

¹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich y WIEGEND, Thomas (2002) *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo. Granada: Comares, pp. 285s; y GARCÍA CAVERO, Percy (2008) *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley, pp. 312s. Con matices, MIR (2011) 231.

determinados sujetos resulta de una limitación del objeto material (p. ej. “el que” en el delito de apropiación indebida)¹⁸. Al estudio de la segunda problemática nos dedicaremos en el presente trabajo.

En lo que aquí nos interesa, se considera mayoritariamente que tanto la malversación de caudales públicos como el fraude al Fisco son *delitos especiales impropios*, existiendo en ambos casos una figura básica residual en virtud de la cual se debería sancionar al partícipe no funcionario¹⁹.

Como recién dijimos, se ha dicho tradicionalmente por la doctrina chilena que el delito de malversación de caudales públicos es un *delito especial impropio*. Sin embargo, no logran ponerse de acuerdo los autores respecto a cuál es el delito común que le sirve de figura *residual*²⁰. En efecto, se ha señalado: (a) por un lado, que sería la apropiación indebida²¹; (b) el hurto²²; (c) la estafa²³; (d) la estafa o el hurto, según sea el

¹⁸ GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2006) *Los delitos especiales*, Montevideo-Buenos Aires: B de F, pp. 59s.

¹⁹ Sobre esto en la doctrina chilena, véase RODRÍGUEZ / OSSANDÓN (2008) 167ss, 383ss y 415ss.

²⁰ Sobre esto en la doctrina chilena, véase RODRÍGUEZ / OSSANDÓN (2008) 383ss.

²¹ Así, BRAHM YURASZECK, Jorge (1947) *Jurisprudencia sobre malversación de caudales públicos*, Puerto Montt: Universidad de Chile (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), p. 12; GUZMÁN (2009) 366.

²² De esta postura, BUNSTER BRICEÑO, Álvaro (1948) *La malversación de caudales públicos: Estudio de Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago de Chile: Universidad de Chile (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), pp. 25ss.

²³ Así, DEL RÍO CASTILLO, Raimundo (1935) *Derecho Penal*. Santiago de Chile: Editorial Nascentio, Santiago de Chile. T. III, p. 187. Se ha dicho en la doctrina española que sustenta esta tesis, que las diferencias entre la malversación de caudales públicos (en la hipótesis del art. 233 del CP chileno) y la apropiación indebida, serían principalmente tres: (i) la calidadd especial del sujeto activo en la malversación, cual es la de funcionario público; (ii) el objeto material, que debe tener naturaleza pública; y (iii) que dichos objetos deben estar a disposición del funcionario en razón de su cargo (HERRERO [2000] p. 270). Nos parece, sin embargo, que las diferencias entre ambas figuras no se agotan en las antes mencionadas. A ellas debemos agregar al menos dos, que consideramos *fundamentales*: (i) El objeto material en la apropiación indebida, fuera de no tener carácter público, debe referirse principalmente a bienes corporales muebles ajenos que sean especies o cuerpos ciertos. De forma excepcional, el tipo se refiere a géneros, en este caso el dinero. La regulación de la malversación de caudales públicos, en cambio, se construye precisamente al revés, esto es, otorgando un concepto amplio a su objeto material, los “efectos o caudales”; y, (ii) En Chile la penalidad de la malversación de caudales públicos se encuentra graduada según el monto malversado, en los términos del art. 233 del CP, mientras que la penalidad en la apropiación indebida debe determinarse siguiendo la regla del art. 467 del CP. Es decir, en ambos tipos se sigue el modelo de determinar la entidad de la cuantía para graduar la pena, pero se trata de penas diferentes y de un modelo de graduación de las cuantías también diferente (“Art. 467. El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será penado: 1.º Con 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. 2.º Con 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 unidades tributarias mensuales. 3.º Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de una

caso²⁴; (e) el hurto, apropiación indebida o estafa, según cuales sean las circunstancias concretas en que se ejecuta el acto²⁵; o, (f) que, dependiendo de la modalidad comisiva, se trataría de la apropiación indebida o el hurto²⁶.

Respecto del fraude al Fisco, se señala también que se trataría de un *delito especial impropio*²⁷. Un sector estima que se trataría de una forma de estafa o defraudación, por lo que el art. 239 exigiría para su consumación del engaño y el perjuicio propios de la estafa²⁸. Comprendido así, sería posible entonces –señalan POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ– sancionar al tercero *extraneus* que participa con el funcionario, ya sea a título de estafa (artículos 468²⁹ y 473³⁰ del CP chileno) o de estafa especial del art. 470 Nº 8³¹ del mismo cuerpo legal recién referido³². Aunque no es posible en este trabajo ahondar en esta problemática, podemos decir preliminarmente que dicha tesis incurría en una serie de imprecisiones que llevan no solo a un entendimiento erróneo del delito de fraude al Fisco a nivel *dogmático*, sino que incluso generan una serie de problemas en su *aplicación*

unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales. 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”.

²⁴ VARAS VIDELA, Eduardo (1941). “Comunicabilidad a los co-delincuentes de los elementos constitutivos del delito”. *Revista de Ciencias Penales* (Santiago de Chile), T. V, pp. 49-56, p. 53.

²⁵ CURY URZÚA, Enrique (1992) *Derecho Penal. Parte General*, 2^a Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. T. II, p. 229.

²⁶ POLITOFF, S.; MATUS, J.P.; y RAMÍREZ, M. (2004b) *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 2^a Ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 489ss; RODRÍGUEZ / OSSANDÓN (2008) 383ss.

²⁷ Sobre esto, véase RODRÍGUEZ / OSSANDÓN (2008) 415ss.

²⁸ Así, POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ (2004b) 498.

²⁹ “Art. 468. Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante”.

³⁰ “Art. 473. El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multas de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

³¹ “Art. 470. Las penas del artículo 467 se aplicarán también: [...] 8º 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”.

³² POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ (2004b) 499. No se manifiesta explícitamente a favor de esta tesis ETCHEBERRY, quien se limita a señalar que “De acuerdo a las reglas generales, y no siendo este un delito de posición, el tercero defraudador, que no quebranta un deber funcional, comete el respectivo delito contra la propiedad (alguna forma de defraudación)” (ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo (1998b) *Derecho Penal. Parte Especial*, 3^a Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. T. IV, p. 248).

*práctica*³³. De esta manera, se aprecia que la identidad afirmada entre el fraude al Fisco y la estafa no es tal, por las siguientes consideraciones:

(i) El fraude al Fisco tiene su fundamento no en un engaño, sino que en la *administración desleal* por parte del funcionario público del patrimonio público³⁴, que eventualmente puede realizarse tanto por un engaño como por abuso de confianza³⁵.

(ii) Como reza el artículo 239 del CP chileno, este delito puede cometerse tanto *defraudando* como *consintiendo* que se defraude, apareciendo claramente de la segunda hipótesis que no es necesario que el funcionario público realice engaño alguno para ser sancionado a título de fraude al Fisco. Considerando esta segunda hipótesis comisiva, aparece que la identidad que un sector de la doctrina en Chile encuentra entre este delito y la estafa no es tal, pues el engaño es elemento esencial de esta última y no así del fraude al Fisco³⁶⁻³⁷.

(iii) La doctrina mayoritaria llega a soluciones inconsistentes en relación a la entidad del “engaño” que se exige para el delito de fraude al Fisco, frente al exigido en la estafa, pues mientras que en el segundo se requeriría de una *mise en scène*, en el primero se ha estimado que ella no es necesaria³⁸⁻³⁹.

³³ Similar, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2005). “La administración desleal en el Derecho Penal chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Valparaíso), N° XXVI, pp. 201-258, pp. 234ss.

³⁴ HERNÁNDEZ (2005) 234s.

³⁵ Reconocen esta dualidad de supuestos, ETCHEBERRY (1998b) 247; MERA FIGUEROA, Jorge (1994) *Fraude civil y Penal*, 2^a Ed. Santiago de Chile: Ediar-Conosur, p. 92; y URREJOLA GONZÁLEZ, Eduardo (2002). “El incumplimiento de deberes funcionarios como medio idóneo para cometer fraude al Estado”. *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado* (Santiago de Chile), N° 6, pp. 91-101, p. 91. En contra de este concepto amplio, por considerar que pese a su plausibilidad, con él se renunciaría a una interpretación de esta figura que precise sus contornos, HERNÁNDEZ (2005) 235.

³⁶ Así, ANTÓN ONECA, José (1958). “Voz «Estafa»”. En Mascareñas, Carlos E. (director): *Nueva Encyclopédia Jurídica*. Barcelona: Editorial Francisco Seix. T. IX, p. 61: “Elemento específico de la estafa es la conducta engañosa, consistente en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas”.

³⁷ También niega la interpretación que reduce el contenido del art. 239 CP chileno a una hipótesis especial de estafa, HERNÁNDEZ (2005) 235.

³⁸ POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ (2004b) 498. A juicio de estos autores, equivocadamente a nuestro parecer, se estima que “Tratándose de una forma de estafa o defraudación, exige para su consumación del engaño y del perjuicio propios de la estafa, aunque tal engaño, como hemos analizado antes, no necesariamente debe constituir una acabada *mise en scène*”.

³⁹ Esto es sin perjuicio que nos hemos manifestado en otro lugar en contra de la exigencia de la *mise en scène* en el delito de estafa. Así, BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2009) *El delito de estafa informática*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, pp. 171ss; BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2010). “El ‘engaño’ en el delito de estafa”. *Doctrina y Jurisprudencia Penal* (Santiago de Chile), N° 1, pp. 3-28; y BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2011). “El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos* (Bogotá), N° 13(2), pp. 163-219, especialmente, pp. 180ss.

1.2.) LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER (*PFLICHDELIKTE*)

En el marco de la discusión sobre la comunicabilidad de la calidad especial en los delitos que la exigen, en las últimas décadas se ha desarrollado y cobrado un papel cada vez más importante la denominada teoría de los delitos de infracción de deber. Esta doctrina, planteada inicialmente por ROXIN, distingue –en materia de autoría– entre delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) y delitos de infracción de un deber (*Pflichtdelikte*)⁴⁰. En esta última clase de delitos no es trascendente quien domine fácticamente el hecho, pues lo relevante será la infracción del correspondiente deber especial, pudiendo únicamente ser autor aquel sujeto que lo lesionne. Este deber especial tiene un carácter extrapenal y previo a la formulación del tipo. Así, en la primera clase de delitos, el criterio de acuerdo con el cual deberá determinarse la autoría consiste en comprobar cuál de los sujetos intervenientes en el hecho ostenta el dominio fáctico del mismo. En los segundos, en tanto, simplemente se deberá constatar sobre cuál de ellos recae este deber jurídico extrapenal que subyace al tipo penal, con absoluta independencia de quién controle o domine fácticamente el hecho delictivo⁴¹.

La formulación de la teoría de los delitos de infracción de deber de ROXIN, pese a su considerable utilidad en el reconocimiento que ciertos sujetos tienen *deberes jurídicos especiales*⁴², en la discusión respecto de la participación delictiva en delitos con sujeto calificado⁴³ y en la funda-

⁴⁰ Sobre esto, véase ROXIN, Claus (2003) *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band 2. München: Verlag C. H. Beck, § 25 NM, pp. 38ss; ROXIN, Claus (2006) *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin: De Gruyter Recht, pp. 352ss; y ROXIN, Claus (2000) *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 7^a Ed. Traducción de Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Madrid: Marcial Pons, pp. 385ss. El autor señala que el “elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo” (ROXIN [2000] 387).

⁴¹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2012). “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores: una distinción necesaria para los delitos especiales de funcionario”. *Doctrina y Jurisprudencia Penal* (Santiago de Chile), N° 8, pp. 3-44, p. 14.

⁴² GÓMEZ (2006) 137, quien destaca que “se trata de una teoría que parte como premisa de algo que difícilmente puede ser rechazado: en delitos especiales como el de administración desleal, la revelación de secreto profesional o los delitos de funcionario público, el sujeto cualificado, esto es, el funcionario público, el administrador o el profesional correspondiente, se encontraría sometido a un deber jurídico especial. En estos delitos, la esencia del delito, así como la relación de imputación de la acción típica en qué consiste la relación de autoría, podría ser explicada de modo más preciso a partir de la idea de la infracción del deber jurídico especial que recaería sobre el sujeto. Esto distinguiría a estos delitos de otros delitos especiales, ya que, como afirma Roxin, no siempre que en un delito se produce la limitación del círculo de posibles autores dicha limitación obedecerá a la existencia de un deber jurídico especial”.

⁴³ GÓMEZ (2006) 137s, para quien su utilidad práctica radica especialmente en que permite solucionar los casos de “instrumentos dolosos no calificados” lo que, de seguirse coherente-

mentación de los delitos de comisión por omisión⁴⁴, ha sido criticada por diversos autores, por lo que consideramos necesario hacer un breve análisis de aquellos que consideramos más relevantes⁴⁵:

(i) Lleva a la existencia de dos conceptos diferentes de autor, uno relacionado con el dominio del hecho y otro con la infracción de un deber. No se trata, entonces, de una teoría general o sistema unitario sobre la autoría, sino que una concepción *eminente* utilitarista entregado a la resolución del caso concreto.

(ii) Infringe el principio de legalidad. Como destaca GIMBERNAT, este principio prohíbe que se considere a las acciones de inducción, cooperación necesaria o complicidad, acciones de autoría si el CP no lo dice expresamente⁴⁶.

(iii) La referencia a deberes especiales *extrapenales* hace de ella una construcción incompleta. ROXIN utiliza para determinarlos el método inductivo, en virtud del cual analiza algunos tipos penales concretos, señalando simplemente que “Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas. Ejemplos de esta categoría son los ya citados deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico-civiles de satisfacer alimentos y de lealtad”⁴⁷, pero no existe un desarrollo acabado de todos y cada uno de los tipos penales que podrían dar lugar a alguno de estos *deberes*, por lo que “la determinación de cuándo un tipo es de infracción de deber y cuándo no, se convierte en un ejercicio fundamentalmente intuitivo y generador de un elevado nivel de inseguridad jurídica”⁴⁸.

(iv) Establece un concepto extensivo de autor en los delitos de infracción de deber. Como ya destacaba el propio ROXIN, en esta clase de delitos solo puede realizar el tipo penal la persona sobre quien recae el deber y, en consecuencia, siempre lo hará en calidad de autor⁴⁹.

Partiendo de la teoría de los delitos de infracción de un deber desarrollada por ROXIN, pero ampliando su alcance e incorporando terminología parcialmente diferente, JAKOBS recoge la distinción entre delitos en

mente la teoría del dominio del hecho, llevarían a la impunidad tanto del hombre de adelante como del de atrás.

⁴⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier (2002) *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, pp. 32s.

⁴⁵ SÁNCHEZ-VERA (2002) 33ss, quien relativiza las críticas a la postura de ROXIN, recordando que el autor alemán nunca pretendió otorgar una fundamentación completa a los delitos de infracción de deber.

⁴⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2006) *Autor y cómplice en Derecho Penal*, 2^a Ed. Buenos Aires-Montevideo: B de F, p. 266.

⁴⁷ ROXIN (2000) 387.

⁴⁸ GÓMEZ (2012) 16.

⁴⁹ ROXIN (2000) 399ss.

que existe un deber *especial* y delitos en que se trata simplemente de un deber común a todos los ciudadanos⁵⁰. Sostiene este autor que existen dos clases de delitos; en primer lugar, aquellos derivados de los deberes generales *negativos* que incumben a toda persona de no lesionar a los demás, en los que el fundamento de la imputación es una organización defectuosa (*delitos de organización*). Por otro lado, existen una clase de delitos, que tienen como fundamento de la imputación de responsabilidad una lesión de los deberes de comportamiento solidario que se exigen en favor de un determinado bien jurídico. En ellos, la imputación se funda en el incumplimiento de un deber especial derivado de una *competencia institucional*, en virtud de la cual le afectan al autor deberes especiales de comportamiento (*delitos de infracción de un deber*)⁵¹.

La concepción de JAKOBS fue luego complementada por su discípulo SÁNCHEZ-VERA, quien distingue entre dos clases de delitos, aquellos que lesionen instituciones *negativas* y los que lesionen instituciones *positivas*. Los primeros se fundamentan en la prohibición general a todo ciudadano de lesionar a los otros miembros de la sociedad o de inmiscuirse en su esfera de organización sin su consentimiento (*neminem laede*), institución que es irrenunciable a menos que la sociedad renuncie a ser ella misma. Los segundos, en tanto, parten de la noción que además de la prohibición general de dañar a otros, los ciudadanos también deberían contribuir a la construcción de relaciones positivas (“ayudarse” y proporcionarse “bienestar”), configurándose en ciertos casos deberes jurídicos especiales o *positivos*⁵².

Respecto del problema de la *comunicabilidad*, que analizaremos en lo que sigue, han recurrido expresamente a la teoría de los delitos de infracción de deber para efectos de solución, diversos autores⁵³.

1.3.) EL CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

El sujeto activo en los delitos objeto de análisis es un “empleado público”, elemento normativo que debe ser entendido según lo dispuesto en

⁵⁰ Sobre esto, PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio (2005) *Rol Social y Sistema de Imputación*. Barcelona: Bosch, pp. 127ss, 268ss; GARCÍA (2008) 289ss, 330ss y 384ss.

⁵¹ JAKOBS, Günther (1997) *Derecho Penal. Parte general*, 2^a Ed. Traducción de Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Madrid: Marcial Pons, pp. 266ss y 791ss; y JAKOBS, Günther (1996) *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, pp. 145ss.

⁵² SÁNCHEZ-VERA (2002) 32s.

⁵³ En el Derecho chileno se han manifestado a favor de esta tesis RODRÍGUEZ / OSSANDÓN (2008) 114ss y, especialmente sobre los problemas de autoría y participación en los delitos de infracción de deber, pp. 133ss. También, OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena (2006). “Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal”. *Política Criminal*, N° 1, A4, pp. 1-22. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_4.pdf (fecha de visita 1º de junio de 2012), p. 3ss.

el art. 260 del CP chileno y no según las normas de Derecho administrativo que se refieren a tal concepto⁵⁴. La norma antes mencionada dispone que “Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III [del CP chileno], se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”⁵⁵.

Se ha dicho, acertadamente, que el CP chileno establecería en su art. 260 un concepto *funcional* de empleado público, “que abarca una infinidad de situaciones no cubiertas por la estricta regulación del Estatuto Administrativo (para el cual, p. ej., no serían funcionarios públicos los notarios ni los empleados del Conservador de Bienes Raíces)”⁵⁶. Este funcionario público, destaca BRAHM, cuando sustraе o malversa caudales, “no solo se apodera de valores que no le pertenecen, sino que, al mismo tiempo, falta a la confianza que en él ha depositado el dueño de esos bienes, el Fisco directamente e indirectamente la colectividad entera”⁵⁷, apreciación que consideramos también plenamente aplicable al fraude al Fisco.

2. LA COMUNICABILIDAD O INCOMUNICABILIDAD DE LA CALIDAD ESPECIAL

Hechas las aclaraciones previas necesarias, ahora debemos entrar al problema objeto de estudio, esto es, la comunicabilidad de las circunstancias personales en los delitos de malversación de caudales públicos y de fraude al Fisco o, dicho de otra manera, la interrogante sobre si es posible o no sancionar al *extraneus* que no reúne la calidad de funcionario público a título de malversación o fraude al Fisco; si es necesario sancionarlo bajo el tipo penal *residual* que corresponda –si lo hubiere–; o si debemos reconocer su impunidad. A su vez, de considerarse que puede ser imputado –al título que sea–, si ello debe hacerse como autor o solamente como partícipe *en sentido estricto* (p. ej. como cómplice)⁵⁸.

⁵⁴ POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ (2004b) 487. Así también se ha pronunciado la jurisprudencia. Véase STOP de Santiago (4º), 02/01/2010, RIT 215-2009.

⁵⁵ Sobre las reformas que se han realizado a este precepto desde su dictación, OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena (2012). “Sobre la calidad de empleado público en los delitos funcionarios y la punibilidad de quienes no la poseen”. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal* (Santiago de Chile), N° 8, pp. 45-82, pp. 50ss.

⁵⁶ POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ (2004b) 487.

⁵⁷ BRAHM (1947) 11.

⁵⁸ OSSANDÓN (2012) 61. Para la autora, acertadamente, “Esto es lo que tradicionalmente se conoce como el problema de la comunicabilidad de la calidad personal, lo que, sin embargo, no parece bien planteado en esos términos. Porque aquí no se trata de comunicar la calidad

El problema de la comunicabilidad es, en principio, una materia que debe ser analizada por la Parte General del Derecho penal, en tanto forma parte de las reglas de autoría y participación criminal. Alcanza a la Parte Especial, sin embargo, en el momento en que la doctrina y la jurisprudencia intentan subsumir determinadas conductas a tipos penales –como los que aquí analizamos–, que exigen en su formulación que el sujeto activo sea una persona que reúne una calidad especial⁵⁹.

Se discute entonces, dada la limitación en un tipo penal a un determinado *círculo de autores*, si es posible que se sancione a sujetos que precisamente se encuentren fuera de aquel conjunto expresamente mencionado. Creemos necesario escapar en este punto a soluciones de tipo *formal*, en virtud de las cuales se niegue la comunicabilidad por el solo hecho que la norma positiva menciona exclusivamente a determinados sujetos, negándose por tal motivo la imputación a terceros no contenidos en ella. Nos parece que tales posturas no solucionan dos problemas fundamentales, esto es: (i) la razón de la delimitación del círculo de autores por parte del legislador respecto de una determinada figura penal (problema de *fundamentación*); y (ii) tampoco nada dicen sobre la posibilidad o imposibilidad de sancionar al *extraneus* no ya a título de autor, sino que de *mero partícipe* (inductor, cómplice)⁶⁰.

Como ya dijimos, la exigencia tanto en el delito de malversación de caudales públicos como en el de fraude al Fisco de que el sujeto activo sea un “funcionario público”, ha llevado a que la doctrina iberoamericana tradicional los designe como *delitos especiales*, de los cuales no podría ser autor un sujeto que no reúna tal calidad. Interesante es mencionar que el primer antecedente a la limitación del círculo de autores posibles en esta clase de delitos se encuentra en la Ley Julia de Peculado (*Lex Iulia Peculatus*)⁶¹. Ello, sin embargo, no ha sido una constante histórica, pues

de funcionario a un *extraneus*, esto es, de extenderle o transmitirle esa calidad, sino que el asunto es si puede imputarse a una persona en virtud de un tipo penal pese a que este parece dirigirse, en principio, solo a determinados sujetos”.

⁵⁹ Véase jurisprudencia citada en SCHEPER, Enrique (1953). “Comunicabilidad y Parricidio”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales* (Santiago de Chile), T. I, N° 1, pp. 85-100, pp. 85ss; NOVOA MONREAL, Eduardo (2005) *Curso de Derecho Penal Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. T. II, pp. 211ss; SCHWEITZER, Daniel (1948). “Nota a una sentencia: Homicidio”. *Revista de Ciencias Penales* (Santiago de Chile), T. X, pp. 198-199; y en ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo (1987) *El Derecho Penal en la jurisprudencia. Sentencias 1875-1966*, 2^a Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. T. III, pp. 379ss.

⁶⁰ GÓMEZ (2012) 5ss.

⁶¹ VIEIRA VOLPI, Alicia (1936) *Del peculado: malversación de caudales públicos*. Santiago de Chile: Universidad de Chile (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), p. 13. Como señala esta autora “Otra innovación que introdujo en la legislación romana la Ley Julia de Peculado y que corrobora la tendencia práctica y de orden que la inspiró fue que limitó a los funcionarios de la administración pública que manejaban bienes del Estado la posibilidad de incurrir en este delito. Los simples particulares o los empleados públicos que no manejaban

las Partidas aplicaban la misma pena a los cómplices o encubridores, aunque no fueran funcionarios de la administración⁶².

3. SITUACIÓN EN LA DOCTRINA CHILENA

La doctrina nacional, ante la falta de solución legal *expresa* ha debatiendo intensamente sobre el problema de la comunicabilidad de las circunstancias al *extraneus* que no reúne la calidad exigida por el tipo penal, por lo que incluso en la actualidad no existe consenso sobre esta materia⁶³⁻⁶⁴. Hay quienes –como analizaremos a continuación– se manifiestan a favor de la comunicabilidad tanto en los delitos especiales *propios* como *improperios* (*comunicabilidad extrema*)⁶⁵, otros que abogan por la incomunicabilidad en todos los supuestos (*incomunicabilidad extrema*)⁶⁶⁻⁶⁷, así como au-

fondos del Erario y que cometían sustracciones de ellos, se hacían acreedores de las penas de los delitos comunes de robo, hurto o estafa”.

⁶² VIEIRA (1936) 19s, donde señala que de acuerdo a la Partida VII, Título XIV, Ley XIV, a los cómplices o encubridores “se les aplicaban las mismas penas que a los sujetos mismos o autores principales de la malversación, aunque no fueran funcionarios de la administración pública”.

⁶³ Sobre esto, véase HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2011) “Comentario al artículo 14”. En Couso Salas, Jaime-Hernández Basualto, Héctor (directores): *Código Penal comentado. Parte General Doctrina y jurisprudencia*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot-LegalPublishing, pp. 365-382, pp. 372ss, con referencias haciendo una nítida definición entre la postura de la literatura y la jurisprudencia.

⁶⁴ Ya decía FONTECILLA que “el Código Penal chileno no contiene disposición alguna que reglamente especialmente la comunicabilidad de estas cualidades personales, en los delitos propios, y, por tanto, el problema se reduce a una labor interpretativa relativamente fácil, con aplicación de los principios legales que disciplinan el concurso” (FONTECILLA RIQUELME, Rafael (1956) *Concursos de delincuentes, de delitos y de leyes Penales, y sus principales problemas jurídicos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 39).

⁶⁵ HERNÁNDEZ (2011) 372, donde se señala: “[Esta] posición, muy minoritaria en la literatura pero *dominante en la jurisprudencia* respecto de la mayoría de los delitos especiales (sobre todo de los delitos funcionarios) con la excepción del parricidio, mantiene un respeto a ultranza al principio de la ‘unidad o indivisibilidad del título’, conforme al cual los partícipes deben responder siempre exactamente por el mismo concepto por el que responde el autor, con la única condición, como es obvio, de que hayan conocido la concurrencia de la circunstancia personal, aunque esta no concurra en ellos” (el texto entre corchetes y la cursiva es nuestra). Para consultar jurisprudencia sobre esta postura, véase FM, N° 129, CS, 1969, p. 187; RDJ T. LVI Secc. IV, CA de Valparaíso, 1959, p. 110; RDJ, T. L, Secc. IV, CS, 1953, p. 24; RDJ, T. LXXXVI, Secc. IV, CS, 1989, p. 7; FM, N° 41, CS, 1962, p. 55; SCA de Concepción, 22/01/2009, Rol 392-2008; SCA de San Miguel, 01/09/2011, Rol 244-2011; SCS, 01/07/2008, Rol 638-2008.

⁶⁶ HERNÁNDEZ (2011) 377s, donde se señala: “[Esta] posición, *sin representación en la jurisprudencia* pero creciente en la literatura, sostiene que en tanto no exista norma expresa al respecto, las cualidades personales nunca se pueden comunicar el *extraneus*, de modo que este solo puede responder por el delito común que le sea aplicable, si lo hay, debiendo quedar impune en caso contrario, que es precisamente lo que pasa con los delitos especiales” (el texto entre corchetes y la cursiva es nuestra).

⁶⁷ Sobre esta postura en la jurisprudencia chilena existen algunas sentencias. Así, GJ N° 42, CA de Talca, 1983, p. 89, al señalar: “la circunstancia de ser empleado público o municipal

tores que plantean la comunicabilidad solo en los delitos en que la calidad especial *fundamenta* el injusto (*comunicabilidad limitada*)⁶⁸⁻⁶⁹.

3.1.) COMUNICABILIDAD EXTREMA

Esta tesis plantea que el *problema de la comunicabilidad* debe ser resuelto de forma afirmativa en todos los casos –delitos especiales *propios* e *improperios*–, por lo cual el *extraneus* siempre responderá por el delito espe-

que actúe en el desempeño de su cargo, o que desempeñe operaciones propias de este, es una calidad personal que constituye un elemento integrante de la figura delictiva de fraude al fisco, que no puede comunicarse a ‘extraños’ por impedirlo el artículo 64 del código penal que señala textualmente: ‘las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de solo aquellos actores, cómplices o encubridores en quienes concurren’. La voz ‘circunstancias’ en cuanto alude a ‘otra causa personal’, utilizada en el precepto, comprende las características personales del tipo que aumenten o disminuyan la gravedad de la figura delictiva básica y que por lo mismo se incorporen por el legislador al tipo penal calificado o privilegiado, constituyendo un delito especialmente penado por la ley; por lo cual no podría interpretarse de otro modo la voz ‘circunstancias’ al analizarse sistemáticamente la norma contenida en el artículo 63 del código penal y el citado artículo 64 del mismo cuerpo legal”. Similar, la SCS, 02/12/2009, Rol 7640-2008, cuando manifiesta: “en el presente caso se trata de obligaciones en que el autor se enfrenta a su propio deber, lo que impide el actuar conjunto o intervención delictiva, como modelo de imputación en los casos de concurrencia de varias personas”; SCS, 07/10/2002, Rol 3028-2002, cuando dice: “Sin embargo, en el sistema penal chileno, la autoría como la complicidad en el ilícito de peculado están reservadas solo a quienes tengan la calidad de empleados públicos y es necesario, asimismo, que administren o tengan a su cargo fondos públicos, por lo que no acepta dicha comunicabilidad por lo que en este caso, a los codelinquentes no empleados públicos, se les debe procesar por un delito que hayan podido cometer, sin esa condición, como por ejemplo la estafa”.

⁶⁸ HERNÁNDEZ (2011) 374, donde se señala: “[Esta] posición, dominante en la literatura y recogida en parte por la jurisprudencia, básicamente a propósito del delito de parricidio, sostiene que debe distinguirse entre delitos especiales impropios (esto es, aquéllos respecto de los cuales la calidad personal no sirve de fundamento al injusto sino sólo para graduar la pena) y delitos especiales propios (aquéllos respecto de los cuales la calidad personal es el fundamento del delito). Conforme a esta postura en los delitos especiales impropios rige la incomunicabilidad, esto es, sólo el *intraneus* puede ser hecho responsable por el delito especial, en tanto que los *extranei* responden sólo del delito común aplicable. Por el contrario, en los delitos especiales propios rige la comunicabilidad, de modo que los *extranei* también responden por el delito especial. El argumento fundamental para excluir la aplicación del delito especial impropio es que las circunstancias personales, por su propia naturaleza, sólo pueden regir para aquéllos en quienes concurren” (el texto entre corchetes y la cursiva es nuestra). Véase SCA de San Miguel 09/08/1999, Rol 3417-1998; SCA de San Miguel 31/01/1990, Rol 2011-1988; SCA de Santiago 24/10/2011, Rol 900-2011. Al parecer en un sentido similar SJG Santiago (7º), 17/12/2007, Rit 5391-2006, aunque termina sancionando al *extraneus* por el delito común en virtud de consideraciones formales, ya que en el respectivo procedimiento abreviado el Ministerio Público solo había deducido acusación en su contra y no en contra del funcionario público.

⁶⁹ No utilizamos en este punto la nomenclatura *delitos especiales* o *delitos de infracción de deber* pues, como ya analizamos, no son conceptos sinónimos y –como veremos– en la doctrina nacional hay autores que defienden la tesis de la *incomunicabilidad extrema* partiendo desde ambas clasificaciones.

cial aplicable, ya sea a título de autor o de mero partícipe, según cual haya sido su aportación al hecho delictivo. Tradicionalmente se ha estimado que son partidarios de esta tesis SCHEPELER⁷⁰, SCHWEITZER⁷¹, VARAS⁷² y NOVOA⁷³, aunque en realidad ninguno de estos autores acepta plenamente la comunicabilidad *en todos y cada uno* de los delitos especiales. A su vez, desde una visión alternativa, sí parece optar por la comunicabilidad extrema GARRIDO⁷⁴.

La tesis de la comunicabilidad extrema –salvo en la variante defendida por GARRIDO, que analizaremos por separado posteriormente– se fundamenta principalmente en las siguientes consideraciones⁷⁵:

(i) Unidad o indivisibilidad del título de imputación. De acuerdo a este principio, todos los partícipes deben ser sancionados bajo la misma figura⁷⁶. Como señala NOVOA, se trata de un “hecho único que no pude ser considerado jurídicamente de diferente manera para cada uno de los que intervienen conjuntamente”⁷⁷. En el mismo sentido, SCHWEITZER estima que “del proceso penal que termina en sentencia condenatoria, cuando han intervenido varias personas en su ejecución, no puede

⁷⁰ SCHEPELER (1953) 85ss, quien considera que en Chile dicha figura es simplemente un homicidio agravado (p. 90) y que, de acuerdo al Derecho vigente, la comunicabilidad en el delito aludido es solo a título de cómplice o encubridor, no de coautor (p. 100).

⁷¹ SCHWEITZER (1948) 198s, para quien no podría plantearse la comunicabilidad en el parricidio, considerando –como al parecer él no lo hace– que este no es más que una forma agravada de homicidio.

⁷² VARAS (1941) 49ss, quien niega la comunicabilidad en el parricidio, por considerarlo una modalidad de homicidio (p. 55).

⁷³ NOVOA (2005) 207ss, quien considera que para que exista comunicabilidad es necesario que el *extraneus* tenga conocimiento de la circunstancia especial. Además, la niega en el delito de parricidio, pues considera –siguiendo a VARAS– que se trata de un homicidio agravado, en el que se aplicaría el art. 64 del CP chileno (“Art. 64. Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de solo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”).

⁷⁴ GARRIDO MONTT, Mario (1997) *Derecho Penal. Parte General*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. T. I, pp. 330ss.

⁷⁵ Una clara síntesis de estos argumentos en OSSANDÓN (2012) 62ss.

⁷⁶ Especialmente críticos de esta conclusión, GRISOLÍA CORBATÓN, Francisco (1975). “La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude”. *Revista de Ciencias Penales* (Santiago, Chile), 3^a época, N° 1, T. XXXIV, pp. 3-47, pp. 3ss y 24ss; GAETE ROJAS, Sergio (1963) *La comunicabilidad en torno a los elementos del delito*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 25ss; ROMÁN VIDAL, Sergio (1957) *Comunicabilidad de los requisitos personales integrantes de una figura de delito y parricidio*. Santiago de Chile: Universidad de Chile (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), p. 73. En palabras de GRISOLÍA: “lo que es realmente unitario y por lo tanto no se escinde jamás es el hecho cometido o ejecutado que, atendidas las circunstancias especiales concurrentes, recibirá una diversidad de calificación jurídica” (GRISOLÍA [1975] 26).

⁷⁷ NOVOA (2005) 211.

ni debe resultar una calificación jurídica distinta para cada uno de los partícipes”⁷⁸.

(ii) Colaboración psicológica. Destaca SCHEPELER que “el extraño, quien al no repugnar y aceptar, o, en su caso determinar la acción del parricida se hace psíquica y moralmente solidario de su残酷, con la secuela inevitable de peligrosidad que ello trae consigo”⁷⁹. Así, por ejemplo, el *extraneus* que participa en el hecho delictivo de un empleado público, se identifica con dicho hecho, se incorpora a él y coopera eficazmente a su producción, lo que justifica que la ley le otorgue el mismo tratamiento que al *intraneus*⁸⁰.

(iii) Accesoriedad de la participación. La accesoria de la sanción aplicable a la complicidad y al encubrimiento, se ha dicho, está reconocida en los artículos 51 y siguientes del CP chileno, que regulan la pena de estos sujetos conforme a la pena señalada por la ley para el autor del crimen o simple delito (léase art. 50 CP chileno⁸¹). Entonces, se estima que “la complicidad y el encubrimiento no tienen vida propia, sino que son accesorios del hecho punible que comete el autor y no otro responsable”⁸²⁻⁸³.

(iv) Protección de bienes jurídicos de especial entidad. Otro argumento esgrimido por NOVOA, se basa en los fines del Derecho penal. Señala este autor que si este fin es la protección de bienes jurídicos de gran valía social, entonces la ley al tipificar un delito –aunque sea restringiéndolo a determinadas personas–, está proponiendo que el hecho típico no sea realizado, ni por el calificado por sí solo ni acompañado por otras personas⁸⁴.

⁷⁸ SCHWEITZER (1948) 198s.

⁷⁹ SCHEPELER (1953) 88s. En este punto el autor considera como argumento legal el artículo 17 N° 3 del CP chileno (hoy modificado), que incluía como figura de encubrimiento la de albergar, ocultar o proporcionar la fuga al *reo de parricidio*. De esta norma, el autor extraía la conclusión que el encubridor en estos casos debía ser sancionado por el delito de parricidio (en calidad de encubridor). Como señala CURY, con la reforma al artículo 17 N° 3 del CP SCHEPELER habría perdido su sustento dogmático, pero aunque tal reforma no hubiese tomado lugar, tal disposición solamente se refería al *encubrimiento sometido a pena*, pero no que la punibilidad estaba vinculada al delito de parricidio (CURY URZÚA, Enrique (2005) *Derecho Penal Parte General*, 7^a Ed. Santiago de Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 644).

⁸⁰ NOVOA (2005) 215.

⁸¹ “Art. 50. A los autores de delito se impondrá la pena que para este se hallare señalada por la ley. Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado”.

⁸² SCHEPELER (1953) 96.

⁸³ Crítico de esta interpretación, CURY, para quien “La accesoria de la participación respecto de la autoría no puede llegar tan lejos que implique extender al partícipe las consecuencias, gravosas o beneficiosas, de circunstancias personales que concurren sólo en el autor” (CURY [2005] 643).

⁸⁴ NOVOA (2005) 212s. En este punto cita el caso del delito de violación, en el que pese a no estarse señalado expresamente, se entiende que el autor debe ser un hombre; en tal delito,

(iv) Inexistencia de norma positiva que resuelva la cuestión. NOVOA considera expresamente que en Chile no existe norma de general aplicación que resuelva la punibilidad del *extraneus* en un delito cualificado y que el artículo 64 del CP⁸⁵ –que consagra la incomunicabilidad de las circunstancias *agravantes y atenuantes* personales– no puede ser aplicado para resolver esta cuestión⁸⁶. Reconoce entonces que a falta de norma legal que lo impida, debiese regir la comunicabilidad. A su vez, señala como argumento legal a favor de ella, el artículo 61 regla 4^a del CP, que se refiere a las *penas copulativas* y según el cual “... cuando una de dichas penas se impone al autor del crimen o simple delito por circunstancias peculiares a él que no concurren en los demás, no se hará extensiva a éstos”. Con esta norma, estima, el legislador acepta expresamente la comunicabilidad, aunque las penas se impongan *en razón de circunstancias particulares*, solo se aplicarán al autor en quienes concurran (p. ej. en el art. 148⁸⁷, la pena de *suspensión* solo se aplicará al funcionario público)⁸⁸. Agrega también que las disposiciones de la Parte Especial que sancionan expresamente al *extraneus* –como el artículo 250 del CP⁸⁹– en nada modifican la aceptación de la tesis de la comunicabilidad; así, en la disposición que pone

estima, puede ocurrir sin embargo que una mujer colabore en la acción delictiva (p. ej. inmovilizando a la víctima), caso en el cual podrá ser sancionada a título de autora o mera partícipe de violación.

⁸⁵ “Art. 64. Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de solo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurran. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”.

⁸⁶ NOVOA (2005) 217. También niega expresamente la aplicación del art. 64 a los elementos del delito, GARRIDO (1997) 331.

⁸⁷ “Art. 148. Todo empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrare, arrestare o detuviere a una persona, sufrirá la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en sus grados mínimos a medios. Si el arresto o detención excediere de treinta días, las penas serán reclusión menor y suspensión en sus grados máximos”.

⁸⁸ NOVOA (2005) 213.

⁸⁹ “Art. 250. El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones. Tratándose del beneficio ofrecido en relación con las acciones u omisiones del artículo 248, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en su grado mínimo. Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo 248 bis, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido. Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el artículo 249, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido. En estos casos, si al sobornante le co-

de ejemplo, se sanciona al particular que *soborna* al funcionario público, pero de no existir esta norma este sujeto debería responder como coautor del delito especial de cohecho (arts. 248⁹⁰ y 248 bis⁹¹)⁹².

GARRIDO, por su parte, considera que el elemento relevante es el dolo del partícipe, según el cual el cómplice y el instigador “responderán del tipo penal en que hayan intervenido tanto objetiva como subjetivamente; el instigador por el hecho que instigó, y el cómplice por aquél en que colaboró, considerando su subjetividad, o sea el dolo de su particular acción de inducción o colaboración. Si su actividad se dirigió a cooperar en un parricidio, será cómplice de parricidio: si sólo lo fue de homicidio –por ignorar el vínculo de parentesco–, será cómplice de homicidio”⁹³. Para este autor, el artículo 64 del CP no tendría aplicación en esta materia, pues dicha norma “está dirigida expresa y categóricamente a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal denominadas atenuantes y agravantes, y no a otras circunstancias, menos aún a elementos del tipo”⁹⁴, tesis que fundamenta en la contrastación de dicha norma con el artículo 63 del CP chileno⁹⁵ de lo cual se extrae, a su juicio, “literalmente que dejan de ser circunstancias modificatorias aquellas que por sí solas constituyen un delito o han sido comprendidas al describirlo, como también las que sean inherentes al mismo”⁹⁶. Teniendo presente lo anterior, el fundamento para determinar la comunicabilidad o incomunicabilidad de los elementos subjetivos o circunstancias personales (tanto en

rrespondiere una pena superior por el crimen o simple delito de que se trate, se estará a esta última”.

⁹⁰ “Art. 248. El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados”.

⁹¹ “Art. 248 bis. El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio, y además, con la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado. Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de este una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargo u oficio público perpetuas, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente”.

⁹² NOVOA (2005) 217s.

⁹³ GARRIDO (1997) 332.

⁹⁴ GARRIDO (1997) 331.

⁹⁵ “Art. 63. No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse”.

⁹⁶ GARRIDO (1997) 331.

delitos especiales como en delitos que requieran un *elemento subjetivo* o un *ánimo especial*) es que “se aplican los principios estudiados en relación al tipo penal, en particular su fase subjetiva en cuanto cada cual responde de su propio ‘injusto’, que es personal”⁹⁷. Así, los partícipes *extraneus* responderán solo por “el tipo penal en que hayan intervenido tanto objetiva como subjetivamente”⁹⁸. En la tesis del autor, sin embargo, se hace excepción a esta regla al caso de la coautoría, pues en ella “la imputación es única al conjunto, como un todo, con sus circunstancias y modalidades típicas”⁹⁹. Como destaca CURY, “Lo que aquí no se entiende es cómo podría el *extraneus* concretar la realización en el hecho de una calidad que no le pertenece –o dicho de otro modo– cómo podría obrar con dolo de un hecho del que él no puede ser autor”¹⁰⁰.

3.2.) COMUNICABILIDAD LIMITADA

Otro sector de la doctrina distingue, para efectos de la solución a aplicar, entre delitos especiales propios e impropios. Esta postura es defendida por ETCHEBERRY¹⁰¹, GRISOLÍA¹⁰², POLITOFF / GRISOLÍA / BUSTOS¹⁰³, BUNSTER¹⁰⁴, BULLEMORE / MACKINNON¹⁰⁵, BERMEDO¹⁰⁶, LARA¹⁰⁷, VIEI-

⁹⁷ GARRIDO (1997) 331.

⁹⁸ GARRIDO (1997) 332.

⁹⁹ GARRIDO (1997) 332.

¹⁰⁰ CURY (2005) 646.

¹⁰¹ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo (1998a) *Derecho Penal. Parte General*, 3^a Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. T. II, pp. 81ss.

¹⁰² GRISOLÍA (1975) 23ss.

¹⁰³ POLITOFF, S.; GRISOLÍA, F.; y Bustos, J. (2006) *Derecho Penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, 2^a Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Congreso, pp. 140 ss.

¹⁰⁴ BUNSTER (1948) 44. Analizando la problemática del delito de malversación de caudales públicos en sus diversas hipótesis, este autor considera que algunas de ellas constituyen *delitos de posición* (en otra terminología, *delitos especiales propios*) y solo en ellas se aceptaría la comunicabilidad.

¹⁰⁵ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John (2007) *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, 2^a Ed. Santiago de Chile: LexisNexis. T. IV, pp. 35ss.

¹⁰⁶ BERMEDO LACALLE, Sofía (1948) *Jurisprudencia sobre el delito de parricidio*. Santiago de Chile: Universidad de Chile (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), p. 38, quien comentando una sentencia de la Ilta. Corte de Apelaciones de Santiago en que se sanciona a título de homicidio simple a la madre ilegítima que participó en el parricidio cometido por su hijo en la persona de su conviviente, comparte la apreciación del tribunal, pues a su juicio el art. 64 del CP “también se aplica en los casos en que un elemento de la tipicidad del delito es propia de determinada persona por circunstancias personales a ella”.

¹⁰⁷ LARA SUAZOLA, Julio (1944) *Los autores*. Santiago de Chile: Universidad de Chile (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), pp. 29 y 38.

RA¹⁰⁸, LABATUT¹⁰⁹, CONCHA¹¹⁰ y, entre los autores más recientes, CURY¹¹¹, POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ¹¹² y VARGAS¹¹³.

Según esta tesis, cuando se trata de delitos especiales *improprios*, se aplica el art. 64 del CP, por lo que la calidad especial no se comunica y el *extraneus* responde por el tipo residual que fuere aplicable¹¹⁴. Lo anterior es debido a que esta clase de delitos son entendidos simplemente como una figura agravada del delito base, por lo que la circunstancia especial debe ser considerada solo como *agravante* de la responsabilidad penal del *extraneus* y, por aplicación del artículo 64 inciso primero del CP. “Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurran”. En los delitos especiales *propios*, en tanto, la calidad especial es fundante del tipo penal y, por ende, no recibiría aplicación el artículo 64; en tales casos, en consecuencia, se estima que la calidad especial se comunicará a los partícipes *extraneus*, debiendo estos responder por el tipo especial aplicable¹¹⁵.

Quienes defienden esta postura otorgan como argumento la *historia de la ley* para aplicar el art. 64 del CP a los delitos especiales *improprios* y, a su vez, señalan que ella permite *evitar lagunas de punibilidad*. Sobre el argumento de carácter histórico, se sostiene que nuestro CP no distingue entre “elementos” y “circunstancias”. Se señala así que la Comisión Redactora del CP chileno, habría utilizado la expresión “circunstancia” en su

¹⁰⁸ VIEIRA (1936) 49.

¹⁰⁹ LABATUT GLENA, Gustavo (reimp. 2007). *Derecho Penal*, 9^a Ed. Actualización de Julio Zenteno. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. T. I, 194ss.

¹¹⁰ CONCHA PANTOJA, Arnaldo (1975). “Comunicabilidad de las calidades o circunstancias personales del tipo delictivo en el Código Penal chileno”. En Rivacoba y Rivacoba, Manuel de (director): *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal*. Valparaíso: EDEVAL, pp. 195-199, p. 199.

¹¹¹ CURY (2005) 647. Este autor, sin embargo, considera que los delitos especiales propios son en realidad *delitos de infracción de un deber*, por lo que en ellos los partícipes *extraneus*, si bien podrán ser sancionados al mismo título que el *intraneus*, ello solamente podrá hacerse a título de *meros partícipes*.

¹¹² POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, M. (2004a) *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*, 2^a Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 423ss. Sin embargo, estos autores –pese a partir de la distinción entre delitos especiales *propios* e *improprios*–, hacen mención a la teoría de los delitos de infracción de deber.

¹¹³ VARGAS PINTO, Tatiana (2011): *Manual de Derecho Penal Práctico. Teoría del Delito con Casos*, 2^a Ed. Santiago de Chile: LegalPublishing-Thomson Reuters, pp. 280ss. Para esta autora, la tesis de la comunicabilidad limitada se “facilita” por la teoría de los delitos de infracción de deber.

¹¹⁴ Una clara síntesis de estos argumentos en OSSANDÓN (2012) 64ss, quien la llama “incomunicabilidad limitada”. Por todos, ETCHEBERRY (1998b) 81ss y GRISOLÍA (1975) 29ss.

¹¹⁵ Esta tesis parte de la distinción entre delito-tipo y figura delictiva propuesta por BELING (véase HERNÁNDEZ [2011] 365ss).

artículo 1º¹¹⁶, al referirse al *error en la persona* y al denominado *aberratio ictus*. Así, en su sesión 116^a, se señaló que entre las “circunstancias no conocidas por el delincuente” (leer art. 1º inciso 2º CP) se encontraba el caso de “alguien que creyendo matar a un extraño (sic) mata a su padre, será también castigado como homicida, porque solo en este grado de delito concurren la voluntad i acción del delincuente, requisitos indispensables para que el delito exista”¹¹⁷. Así, se dice, “de la letra de la ley y de su historia fidedigna, aparece que, además de las circunstancias independientes de una determinada figura, existen otras que el legislador ha incluido en la descripción y que todo hace pensar, según resulta de la lectura de las Actas, que entre estas últimas se contiene el vínculo de parentesco o matrimonio en el parricidio”¹¹⁸.

Por otro lado, CURY agrega –fundamentando su cambio de opinión desde la tesis de la *incomunicabilidad extrema*–, que dicha postura provoca en la práctica lagunas de punibilidad que ya no le parecen defendibles. Así, considera el autor: “No es posible ignorar el injusto que encierra la conducta del que dolosamente colabora con el juez en la redacción y fundamentación de la sentencia contraria a la ley expresa y vigente, o la del que instruye a sabiendas al testigo para que preste una declaración mendaz”¹¹⁹, cuestión que le parece decisiva hoy para optar por la *comunicabilidad limitada*.

Se ha dicho que esta tesis, pese a tener el mérito de evitar la impunidad del partícipe *extraneus* en los delitos especiales propios, llega a una *doble inconsistencia valorativa*: (i) sanciona al *extraneus* con el mismo parámetro que al *intraneus* en los delitos especiales propios, pese a que el primero no reúne la calidad que fundamenta el ilícito en cuestión; y (ii) relacionado con lo anterior, significa un tratamiento desigual al *extraneus* según la clase de delito especial de que se trate, con igual pena en los casos en que la calidad especial fundamenta el ilícito (*delitos especiales propios*) y atenuando su responsabilidad –lo hace responder por el delito común– en las hipótesis en que dicha calidad especial solo agrava la responsabilidad del sujeto (*delitos especiales improprios*)¹²⁰. VAN WEEZEL agre-

¹¹⁶ “Art. 1º Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley. Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario. El que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso no se tomarán en consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agraviarían su responsabilidad; pero sí aquellas que la atenuen”.

¹¹⁷ RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de (director) (1974) *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno (edición crítica)*, Valparaíso: EDEVAL, p. 459.

¹¹⁸ POLITOFF / GRISOLÍA / BUSTOS (2006) 140s.

¹¹⁹ CURY (2005) 646.

¹²⁰ En este sentido apuntan las críticas de RODRÍGUEZ / OSSANDÓN (2008) 129s; y OSSANDÓN (2006) 2-3.

ga que esta solución “arroja de un golpe al ciudadano corriente en una situación cualificada de deber y lo nivela, por ejemplo, con el juez que prevarica o con [el] funcionario que malversa fondos a su cargo”¹²¹.

Podemos agregar que de seguir esta interpretación, en lo que respecta al delito de fraude al Fisco, el partícipe *extraneus* debería ser sancionado a título de estafa. En la práctica, dada la mayor entidad del engaño que se exige en Chile por su doctrina y jurisprudencia mayoritaria respecto del delito de estafa, mientras se configure la conducta de fraude al Fisco y se sancione como autor de tal delito al *funcionario público*, no se sancionaría al *extraneus* como autor de estafa si no se acredita la respectiva *mise en scène*.

3.3.) INCOMUNICABILIDAD EXTREMA

3.3.1.) Tesis tradicional

Una última tesis antes defendida por CURY, plantea que las circunstancias personales del *intraneus* nunca se comunican a los sujetos no calificados. Los argumentos que esgrimía este autor eran los siguientes¹²²:

(i) La idea que la calificación del delito está dada por el autor –defendida por SCHEPELER¹²³–, no resuelve los casos en que concurren al hecho dos o más coautores, siendo solo uno de ellos *intraneus*. No existiría razón para que sea precisamente la actuación de tal sujeto la que decida el título del delito cometido por todos. En realidad, considera, “la tipicidad es siempre determinada, fundamentalmente, por la naturaleza de la acción, de la cual las cualidades personales especiales que concurren en el sujeto activo no son más que una modalidad accesoria”¹²⁴.

(ii) Respecto a que un mismo hecho no puede ser calificado en forma distinta para las diferentes personas que intervienen en él, estima que tal afirmación no es cierta, en tanto ello es precisamente lo que ocurre en los supuestos de *concurso ideal de delitos*, reconocido de manera expresa en el artículo 75¹²⁵ del CP chileno¹²⁶.

¹²¹ VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Álex (2007) *Delitos tributarios*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 115.

¹²² CURY (1992) 229ss. El autor citado –quien ya no defiende esta tesis–, llegaba a decir incluso que en realidad debiésemos hablar del “principio de *incomunicabilidad*”.

¹²³ SCHEPELER (1953) 85ss.

¹²⁴ CURY (1992) 230.

¹²⁵ “Art. 75. La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro. En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave”.

¹²⁶ CURY (1992) 231.

(iii) Al argumento de NOVOA¹²⁷ de que la entidad de los bienes jurídicos protegidos por los delitos especiales exige una sanción más severa también para el partícipe que no reúne la calidad personal requerida por el tipo correspondiente, responde que ello no toma en consideración precisamente la cuestión de si esos intereses *pueden ser* vulnerados o no por la actuación de quien no revista tal calidad.

(iv) También rechaza la afirmación de NOVOA¹²⁸ según la cual el art. 250 del CP, que sanciona el denominado *cohecho del particular* o *soborno* sería una excepción al principio general de la comunicabilidad. Considera CURY, en cambio, que la existencia de tal precepto tiene por objeto establecer la punibilidad del tercero *extraneus*, el que –de no existir dicha disposición–, debería en rigor permanecer impune¹²⁹.

(v) Consideraba, entonces, que debía regir la *incomunicabilidad*, la que arrancaba del principio que cada partícipe debe ser castigado según la naturaleza del injusto que había cometido, el que no puede considerar circunstancias personales que el sujeto no reúne. Se apoyaba, además, en la interpretación sistemática de la ley: si el legislador no ha querido que se comunicaran las circunstancias agravantes o atenuantes (art. 64 inc. 1º CP), “no se ve la razón por la cual habría de otorgársela a aquellos que fundamentan la incriminación a un tipo determinado”¹³⁰.

Al parecer se manifiesta, respecto de la incomunicabilidad GUZMÁN, para quien en el delito de malversación de caudales públicos, sancionado en el artículo 233 del CP, los *extraneus* deberán responder por el delito común, el que a su juicio siempre será la apropiación indebida (léase art. 470 N° 1¹³¹ del CP chileno). A su vez, en el caso del *intraneus* que participa en el delito común realizado por el particular, no se altera su responsabilidad por el delito de peculado, en tanto cualquier forma de intervención de su parte lleva necesariamente consigo el *consentimiento* para que tal apropiación se realice. Finalmente, este autor señala expresamente que lo anterior no se aplica para el supuesto del art. 234 del CP (malversación *culposa*), dada la incompatibilidad de la culpa con la codelincuencia¹³².

¹²⁷ NOVOA (2005) 212s.

¹²⁸ NOVOA (2005) 217s.

¹²⁹ CURY (1992) 231.

¹³⁰ CURY (1992) 232.

¹³¹ “Art. 470. Las penas del artículo 467 se aplicarán también: 1º A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla. En cuanto a la prueba del depósito en el caso a que se refiere el artículo 2217 del Código Civil, se observará lo que en dicho artículo se dispone”.

¹³² GUZMÁN (2009) 366s.

3.3.2.) Nuevas concepciones desde la teoría de los delitos de infracción de deber

En los últimos años, diversos autores han comenzado a analizar la problemática de los delitos que exigen una calidad especial en su sujeto activo desde la perspectiva de la teoría de los delitos de infracción de deber. En la doctrina nacional, podemos mencionar a RODRÍGUEZ / OSSANDÓN¹³³, OSSANDÓN¹³⁴, VAN WEEZEL¹³⁵ y HAWDA¹³⁶.

RODRÍGUEZ / OSSANDÓN desarrollan la tesis que esta clase de delitos puede ser explicada según la teoría de los delitos de infracción de deber, acercándose a la doctrina planteada por JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA¹³⁷⁻¹³⁸.

En un reciente estudio, OSSANDÓN ha continuado desarrollando la cuestión y ahora considera que si bien en los delitos de infracción de deber el *extraneus* jamás podrá ser autor, en cuanto no tiene el deber que le sirve de fundamento al tipo penal, sí podrá ser partícipe en el mismo. Refiriéndose al caso de la malversación y fraude al Fisco, ha señalado que el *extraneus* “siempre puede ser partícipe, pues aunque no resulta competente para infringir directamente la norma penal que emana del artículo 233 o 239, bien se le puede imputar una colaboración en la infracción del deber del funcionario”¹³⁹. A juicio de la autora, dado que este deber es *secundario*, no puede fundamentar ninguna forma de autoría respecto de estos delitos de infracción de deber, aunque el particular tenga el dominio de la situación fáctica; es el funcionario obligado a proteger el patrimonio fiscal quien tiene la competencia *primaria*, pues a él se dirige la norma penal¹⁴⁰.

Por su parte, VAN WEEZEL también distingue entre aquellos delitos en que existen *deberes generales* y los que consagran *deberes positivos especiales*¹⁴¹. Considera –refiriéndose a la posible construcción de un deber

¹³³ RODRÍGUEZ / OSSANDÓN (2008) 133ss.

¹³⁴ OSSANDÓN (2006) 3ss; y OSSANDÓN (2012) 45ss.

¹³⁵ VAN WEEZEL (2007) 116; VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Álex (2008a). “El sujeto activo del delito previsto en el artículo 97 N° 4 inciso 2º del Código Tributario. Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de 1 de julio de 2008, causa ROL N° 638-2008”. *Semana Jurídica* (Santiago de Chile), año 3, N° 101, pp. 1165-1166, p. 1166; y VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Álex (2008b). “Lesiones y Violencia Intrafamiliar”. *Revista Chilena de Derecho* (Santiago de Chile), Vol. 35, N° 2, pp. 223-259, pp. 223ss.

¹³⁶ HAWDA Issa, Marcelo (2007) “El sujeto activo en los delitos tributarios, y los problemas relativos a la participación criminal”. *Política Criminal* (Santiago de Chile), N° 3, A5, pp. 1-18. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_5_3.pdf (fecha de visita 1 de junio de 2012), pp. 1ss.

¹³⁷ Véase supra, apartado (1.2.) pp. 7ss.

¹³⁸ RODRÍGUEZ / OSSANDÓN (2008) 104ss. Se alejan de dichos autores, sin embargo, al analizar la problemática de la posible sanción al partícipe *extraneus*.

¹³⁹ OSSANDÓN (2012) 76.

¹⁴⁰ OSSANDÓN (2012) 76s.

¹⁴¹ VAN WEEZEL (2007) 116; VAN WEEZEL (2008a) 1165-1166; VAN WEEZEL (2008b) 250ss.

positivo en los delitos tributarios— que cuando la calidad exigida por el tipo es la de “contribuyente”, en realidad nos encontramos con un delito común, en tanto dicha calidad no es constitutiva de un deber positivo institucional¹⁴². Así, en los casos como este, en que no es posible construir este *deber positivo*, la calidad personal se comunicará a todos los intervenientes, pero solo podrá ser sancionado con la pena asignada para el autor quien la revista (en este supuesto, el *contribuyente*)¹⁴³. Ahora bien, el autor citado estima que de configurarse tal *deber positivo*, entonces debe regir la incomunicabilidad, por lo que quien no reúne la calidad especial —y participa en el hecho del *intraneus*— nunca podrá ser sancionado como interveniente en el respectivo delito especial, ni siquiera como inductor o cómplice, sin perjuicio que eventualmente su conducta se pueda subsanar en algún tipo penal común¹⁴⁴.

4. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN DE ACEPTARSE LA COMUNICABILIDAD EN LA DOCTRINA CHILENA (EN ALGÚN GRADO)

Como se pudo apreciar, las doctrinas que proponen la comunicabilidad (ya sea absoluta o limitada a los delitos especiales *propios*), han debido lidiar con la crítica que permiten sancionar a un sujeto como autor *pese a* que no se encuentra dentro del círculo de autores que el respectivo tipo penal con bajo el mismo marco penal, es decir, con la misma severidad que al *intraneus*, incluso cuando no reúne la calidad exigida por el tipo penal. En este apartado analizaremos las soluciones que se han dado en la doctrina para regular la sanción a aplicar al *extraneus* que ha participado en un delito que exige un sujeto calificado.

4.1.) SOLUCIONES DE *LEGE LATA*

4.1.1.) Aplicación del artículo 69 del CP (GRISOLÍA)

Una alternativa de solución que se ha dado en la doctrina chilena a este problema, aparece ya en GRISOLÍA. El autor sostiene que la respuesta deberíamos encontrarla en el sistema general de agravantes y atenuantes

¹⁴² VAN WEEZEL (2007) 118. Como destaca el autor, “La situación del contribuyente se parece, en este sentido, más a la de quien tiene el deber de no lesionar a otro corporalmente —o incluso, si se quiere, de socorrer al que se encuentra en peligro inminente de perecer— que al deber cualificado de un juez de ajustarse a la ley al dictar sentencia”.

¹⁴³ VAN WEEZEL (2007) 118s. El autor reconoce, sin embargo, que esta solución no resuelve el problema del inductor y de aquellos cómplices que, conforme al artículo 15 del CP, son sancionados como autores. Acepta, en consecuencia, el limitado rendimiento de *lege lata* de su planteamiento.

¹⁴⁴ VAN WEEZEL (2007) 116.

y en la aplicación del artículo 69 del CP chileno, según el cual para determinar la sanción a aplicar –luego de compensadas razonablemente las circunstancias atenuantes y agravantes, si las hubiere–, el Tribunal “determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”¹⁴⁵. Consideraba entonces que el juez, al aplicar la sanción en el caso concreto, debería hacer un “debido uso del mecanismo de atenuantes y agravantes y del artículo 69 CP, ya que si se quiere apreciar un nivel distinto de responsabilidad [...] nada impide a los juzgadores adecuar, dentro de los marcos penales suficientemente amplios, las penas a la mayor o menor reprochabilidad que se pueda advertir en una participación específica”¹⁴⁶.

Nos parece que la solución adoptada por este autor, si bien tiene el mérito de permitir al juez aplicar una sanción menor al *extraneus*, dando cuenta así del menor disvalor de su conducta, lo haría vulnerando el principio de legalidad. Olvidaría el autor en cuestión que la pena asignada por la ley al delito es para el *autor del delito consumado* (art. 50 CP chileno), por lo que difícilmente podría aplicarse una sanción penal si el sujeto a quien se pretende imputar responsabilidad penal no se encuentra en el *círculo de autores* señalado por la norma penal.

4.1.2.) Aplicación de las normas sobre participación en sentido estricto (SCHEPELER; VARAS; CURY)

La solución dada por SCHEPELER al problema de la sanción al partícipe *extraneus* es especialmente interesante. Como ya mencionamos, este autor considera que el *extraneus* debe responder por el delito especial que sea aplicable al *intraneus*, pero dicha imputación solo puede ser a título de partícipe *en sentido estricto*, es decir, como inductor, instigador o cómplice; el coautor, considera, lo sería del delito común aplicable. La determinación de la sanción aplicable al mero partícipe *extraneus*, en consecuencia, deberá hacerse según lo dispuesto en los arts. 51 y siguientes del CP chileno, salvo que exista alguna norma especial que regule la responsabilidad penal del *extraneus* (p. ej. art. 250)¹⁴⁷. Este autor reconoce, sin embargo, que su planteamiento llevará a que el *extraneus* cómplice y encubridor tengan una sanción mayor que la aplicable al coautor, incongruencia que a su juicio se encuentra en el CP chileno, ya que no es posible aplicar el principio de accesoriedad al coautor, pues eso sería una analogía no admisible en Derecho penal (*analogía in malam partem*)¹⁴⁸.

¹⁴⁵ GRISOLÍA (1975) 40ss.

¹⁴⁶ GRISOLÍA (1975) 41.

¹⁴⁷ SCHEPELER (1953) 97.

¹⁴⁸ SCHEPELER (1953) 100.

En un sentido similar se manifestaba VARAS, aunque este autor señala que “A los co-autores, cómplices, o encubridores no se les castiga, porque ellos mismos hayan ejecutado un hecho que reúna todos los requisitos exigidos por la ley para castigarlos como autores de ese mismo delito, sino porque han participado en un delito ajeno, en forma que su participación es culpable, pues reúne los requisitos exigidos por los arts. 15, 16 y 17 [del CP] para que sean considerados co-autores, cómplices o encubridores”¹⁴⁹.

La tesis que actualmente sostiene CURY¹⁵⁰ también toma en consideración parcialmente la idea de la participación *en sentido estricto* para efectos de la comunicabilidad. Como señala este autor, en los delitos especiales impropios el *extraneus* responderá del delito común que fuera aplicable y no se le imputará de forma accesoria al delito calificado. Ahora bien, la situación es diferente para los delitos especiales propios –a los que identifica con los delitos de infracción de un deber–, pues en ellos los *extraneus* intervinientes, si bien serían sancionados por el mismo hecho punible en que incurre el *intraneus*, tendrían únicamente la calidad de partícipes y deberían ser castigados con la pena contemplada para estos.

4.1.3.) Recurso a la teoría de los delitos de infracción de deber

Como ya vimos, los autores que siguen la teoría de los delitos de infracción de deber, no están de acuerdo sobre si aceptar o rechazar la punibilidad del *extraneus* partícipe en un delito de esta clase. Respecto de aquella tesis que la acepta, cabe ahora señalar la forma en que debe ser sancionado tal sujeto.

Quienes consideran que es posible sancionarlo, parten de la premisa que el *extraneus* jamás podrá ser imputado a título de autor del delito de infracción de deber, en cuanto dicho sujeto no tiene la calidad especial exigida por el tipo y, por ende, no puede infringir el deber respectivo –este no le *compete*–. Tal afirmación, sin embargo, no obsta a que pueda ser sancionado como partícipe *en sentido estricto*. Así lo ha señalado recientemente OSSANDÓN¹⁵¹. En un sentido similar se ha manifestado en la doctrina alemana KINDHÄUSER, para quien “el *extraneus* sólo puede verse vinculado por un deber secundario de no determinar a un *intraneus* a infringir su deber (primario) o de no auxiliarlo en tal infracción de deber”¹⁵².

¹⁴⁹ VARAS (1941) 54s.

¹⁵⁰ CURY (2005) 643ss.

¹⁵¹ OSSANDÓN (2012) 76s.

¹⁵² KINDHÄUSER, Urs (2003) “Cuestiones fundamentales de la coautoría”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. *Revista Penal* (Madrid), N° 11 (2003-enero), pp. 53-70, p. 67. Señala este autor que “El hecho de que ha de existir necesariamente una diferencia cualitativa entre

4.2.) SOLUCIONES DE *LEGE FERENDA*

4.2.1.) Inclusión de una norma especial de autoría

Una de las soluciones que se han planteado en el Derecho comparado para solucionar el problema de la sanción al *extraneus*, consiste en la inclusión de una regla especial de punición en la Parte General, que sea de general aplicación a todos los tipos penales especiales, en virtud de la cual se atenúe la pena del partícipe no calificado. Podemos reconocer dos sistemas de atenuación de pena, el obligatorio (*sistema alemán*)¹⁵³ o el facultativo (*sistema español*)¹⁵⁴.

En primer término, el § 28.1 del Código Penal alemán dispone lo siguiente: “§ 28 Características personales especiales. (1) La falta de determinadas características personales en los partícipes (inductor o cómplice) (§ 14 inciso 1º), que fundamenten la punibilidad del autor, *entonces se reducirá la pena* en virtud del § 49 inciso 1º (énfasis agregado)¹⁵⁵.

En un sentido diverso, el artículo 65.3 del Código Penal español señala que “3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales *podrán imponer*

autoría y participación, que tiene su fundamento en que el deber del autor es distinto del que corresponde al partícipe, ya se infiere necesariamente de la mera existencia de delitos especiales propios. El hecho de que sólo un juez, y no un *extraneus*, pueda cometer prevaricación (*Rechtsbeugung*, § 339 StGB) –aunque sea este último el que redacte la sentencia que el juez firma– muestra que, precisamente, la responsabilidad de *intraneus* y *extraneus* no es idéntica en cuanto a su fundamento y objeto”.

¹⁵³ Sobre esto, véase CRAMER, Peter y HEINE, Günther (2006). “§ 28”. En Schönlé, Adolf-Schröder, Horst-Cramer, Peter (editores): *Strafgesetzbuch Kommentar*. München: Verlag C. H. Beck; FRISTER, Helmut (2011) *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 546ss; y ROXIN (2003) § 27.

¹⁵⁴ Sobre esto, véase MIR (2011) 410ss. Asimismo, la jurisprudencia española sobre la reducción de la pena al *extraneus* ha manifestado lo siguiente: (a) Si en el autor no concurre la calificación jurídica del autor del delito cometido, por tratarse de un cooperador necesario, se producirá su disminución de la pena (STS 16/03/2006, 309/06). (b) El art. 65.3 del CP español fue añadido por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, la cual recoge confusamente la jurisprudencia que apreciaba la atenuación al partícipe no calificado en un delito especial propio, extendiendo las alternativas de atenuación por debajo de la pena ordinaria, otorgando a los tribunales la facultad de reducirla [STS 11/12/2008, 817/08].

¹⁵⁵ Traducción del autor. Asimismo, dice el art. 49 inciso primero del Código Penal alemán: “§ 49 Atenuantes legales especiales: (1) Si se ordena o permite una atenuación en virtud de esta disposición, así será válida la atenuación en los siguientes casos: 1. En lugar de pena privativa de libertad perpetua será de prisión de no inferior a tres años; 2. A la pena privativa de libertad temporal le puede ser reconocida un máximo de tres cuartas partes del nivel impuesto. Lo mismo se aplica en la multa para el número máximo de importes diarios; 3. El aumento de las penas mínimas privativas de libertad temporal se reduce: en caso de un mínimo de diez o cinco años en dos años; en caso de un mínimo de tres o dos años en seis meses; en caso de un mínimo de un año en tres meses. Respecto a todo lo demás, en el mínimo legal” (Traducción del autor).

la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate” (énfasis agregado)¹⁵⁶.

En la doctrina chilena, GRISOLÍA ya reconocía de *lege ferenda* la necesidad de inclusión de una regla especial de punición para los partícipes *extraneus* siguiendo el modelo alemán del su § 28.1¹⁵⁷. En el mismo sentido se manifiestan RODRÍGUEZ / OSSANDÓN¹⁵⁸ y OSSANDÓN¹⁵⁹, quienes agregan como ejemplo lo dispuesto en el artículo 65.3 del Código Penal español (no existente a la fecha de la monografía de GRISOLÍA). VAN WEEZEL también da cuenta de los problemas dogmáticos y jurisprudenciales de la ausencia de una norma que regula la punibilidad de los *extraneus*¹⁶⁰.

4.2.2.) Inclusión de tipos penales específicos

Otra solución posible se refiere a la inclusión de tipos penales específicos que sancionen el problema, frente a un grupo o grupos de delitos. Tal es la solución existente, por ejemplo, en el artículo 250 del CP, en que se sanciona “El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones”. Nos parece que igual noción se encuentra tras los artículos 150 B (apremios ilegítimos causados por un particular)¹⁶¹, 194 (falsificación de instrumento público cometida por particular)¹⁶² y

¹⁵⁶ En la doctrina española se discute, sin embargo, si esta disposición es aplicable a la totalidad de los delitos especiales o solamente a los delitos especiales *propios*. Sobre el estado de la discusión, véase RUEDA MARTÍN, María Ángeles (2010) *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal*. Granada: Comares, pp. 84 ss, quien se manifiesta a favor de la primera postura.

¹⁵⁷ GRISOLÍA (1975) 23.

¹⁵⁸ RODRÍGUEZ / OSSANDÓN (2008) 130. Los autores reconocen ambas soluciones como “similares”, aunque ellas tienen una principal y fundamental diferencia, la *obligatoriedad* de la rebaja de la pena al partícipe *extraneus*.

¹⁵⁹ OSSANDÓN (2006) 3 y 9.

¹⁶⁰ VAN WEEZEL (2008b) 240ss.

¹⁶¹ “Art. 150 B. Al que, sin revestir la calidad de empleado público, participe en la comisión de los delitos sancionados en los dos artículos precedentes, se le impondrán las siguientes penas: 1º. Presidio o reclusión menor en su grado mínimo a medio, en los casos de los artículos 150 y 150 A, inciso primero; 2º. Presidio o reclusión menor en su grado medio a máximo, en el caso del inciso segundo del artículo 150 A, y 3º. Presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, si se tratare de la figura del último inciso del artículo 150 A. En todos estos casos se aplicarán, además, las penas accesorias que correspondan”.

¹⁶² “Art. 194. El particular que cometiere en documento público o auténtico alguna de las falsedades designadas en el artículo anterior, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo”.

300 del CP (evasión de detenidos por parte de particular)¹⁶³, entre otras disposiciones.

Consideramos que esta alternativa tiene el mérito de evitar los problemas interpretativos que coexistirían de no haber una norma expresa de *comunicabilidad* en la Parte General (caso chileno) o de fijar los alcances de una disposición de tal naturaleza (como ocurre en el Derecho alemán y español). Lamentablemente, requeriría de un esfuerzo considerable, consistente en identificar todos los tipos penales en que exista un círculo de autores determinados, para así crear la respectiva figura típica que sancione expresamente la actuación del *extraneus*.

CONCLUSIONES

Nos parece que ninguna de las tesis planteadas en la doctrina chilena *tradicional* a favor de la comunicabilidad –ya sea absoluta o limitada–, que planteen la punibilidad del *extraneus* a título de autor, tiene la aptitud para llegar a soluciones que sean satisfactorias y que respeten el principio de legalidad.

El recurso al artículo 64 del CP en los delitos especiales *improprios* dada la supuesta falta de distinción por parte del legislador entre “elemento” y “circunstancia” no tiene la entidad suficiente para ser concluyente y dar por solucionado el problema de la comunicabilidad. Así, sería posible refutar este argumento en virtud de las siguientes consideraciones:

(i) La redacción legal del artículo 64 inciso 1º del CP, consideramos, no permite hacer aplicación directa de este precepto, por cuanto no se refiere a “elementos” sino que a “circunstancias” y no existen argumentos sólidos que permitan decir *sin lugar a dudas* que nuestro legislador penal no tenía clara la distinción entre ambos conceptos o que reconocían expresamente su aplicabilidad en los casos que se trate de *elementos personales* del tipo. Es perfectamente posible, como lo ha hecho un sector de la doctrina, llegar a la conclusión opuesta y afirmar que el legislador chileno simplemente decidió consagrar la comunicabilidad de las circunstancias *aggravantes y atenuantes personales* y que nada dijo respecto a aquellas que formaban parte del tipo penal¹⁶⁴.

(ii) En segundo lugar, los autores que defienden la *comunicabilidad limitada* llegan a soluciones insatisfactorias desde el punto de vista de la justicia material. El sancionar con la misma pena al *extraneus* en los casos

¹⁶³ “Art. 300. El particular que, encargado de la conducción o custodia de un preso o detenido, se hallare en alguno de los casos del artículo precedente, será castigado con las penas inmediatamente inferiores en grado a las señaladas para el empleado público”.

¹⁶⁴ Contundentemente, GARRIDO (1997) 331. En el mismo sentido, aunque sin mayores consideraciones, NOVOA (2005) 217.

en que la calidad *fundamenta* la sanción —es decir, si ella no existe, no hay delito— a la vez que se le sanciona con la pena del *delito residual* en los casos en que la calidad especial solamente *agrava* la pena, no puede sino ser criticable.

(iii) En tercer lugar, el mérito de *evitar lagunas de punibilidad* no puede ser excusa para que se sancionen a sujetos que no reúnen los requisitos exigidos por el tipo penal, pues eso significaría una solución inaceptable. Si lo que se pretende es efectivamente evitar tal situación y sancionar al *extraneus* como autor de un delito especial en el que no reúne la calidad exigida, se hace necesaria una modificación legal que lo incluya en el respectivo tipo penal, o que se introduzca una figura especial de participación o una regla de punición de los *extraneus* en la Parte General.

Por su parte, las soluciones que se fundamentan en la teoría de los delitos de infracción de deber, tampoco tienen la capacidad de resolver el problema de la comunicabilidad de forma unívoca. Debemos partir reconociendo que no existe una única *teoría de los delitos de infracción de deber*, sino que diversas versiones de ella e, incluso, un relevante sector de la doctrina chilena y comparada que no la reconoce o que —al menos—, no ha realizado un análisis acabado de sus implicancias. Ahora, agreguemos a eso —partiendo de la tesis de JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA— que todavía no existe un concepto único de “deberes positivos” ni una clara separación entre los delitos de organización (derivados de la infracción de *deberes de organización*) y los delitos de infracción de deber (derivados de la infracción de estos *deberes positivos*)¹⁶⁵. Finalmente, dentro de los autores chilenos que reconocen y han desarrollado sendas monografías respecto a los delitos de infracción de deber, parece existir acuerdo en que el *extraneus* no puede ser sancionado en calidad de autor, en cuanto él no ha incumplido *deber positivo* alguno, pero tal acuerdo ya no existe en cuanto a la pregunta de si es posible sancionar a *extraneus* a título de mero partícipe, aunque la doctrina comparada tienda a responder de forma afirmativa.

La solución realmente apropiada, nos parece, consiste en establecer una regla de determinación de la pena en la Parte General, que *obligue* o *faculte* al juez a rebajar la pena al sujeto que participa en un delito en que se requiere una calidad especial, que éste no posee.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, José (1958). “Voz «Estafa»”. En Mascareñas, Carlos E. (director): *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona: Editorial Francisco Seix. T. IX.

¹⁶⁵ OSSANDÓN (2012) 72ss.

- ASÚA BATARRITA, Adela (1997) *Delitos contra la administración pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2009) *El delito de estafa informática*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2010). “El ‘engaño’ en el delito de estafa”. *Doctrina y Jurisprudencia Penal* (Santiago de Chile), N° 1, pp. 3-28.
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2011). “El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos* (Bogotá), N° 13(2), pp. 163-219.
- BERMEDO LACALLE, Sofía (1948) *Jurisprudencia sobre el delito de parricidio*. Santiago de Chile: Universidad de Chile (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales).
- BRAHM YURASZECK, Jorge (1947) *Jurisprudencia sobre malversación de caudales públicos*, Puerto Montt: Universidad de Chile (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales).
- BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John (2007) *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, 2^a Ed. Santiago de Chile: LexisNexis. T. IV.
- BUNSTER BRICEÑO, Álvaro (1948) *La malversación de caudales públicos: Estudio de Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago de Chile: Universidad de Chile (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales).
- CONCHA PANTOJA, Arnaldo (1975). “Comunicabilidad de las calidades o circunstancias personales del tipo delictivo en el Código Penal chileno”. En Rivacoba y Rivacoba, Manuel de (director): *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal*. Valparaíso: EDEVAL, pp. 195-199.
- CRAMER, Peter y HEINE, Günther (2006). “§ 28”. En Schönke, Adolf-Schröder, Horst-Cramer, Peter (editores): *Strafgesetzbuch Kommentar*. München: Verlag C. H. Beck.
- CURY URZÚA, Enrique (1992) *Derecho Penal. Parte General*, 2^a Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. T. II.
- CURY URZÚA, Enrique (2005) *Derecho Penal Parte General*, 7^a Ed. Santiago de Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile.
- DEL RÍO CASTILLO, Raimundo (1935) *Derecho Penal*. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, Santiago de Chile. T. III.
- ENTRENÁ FABRÉ, Rafael (1999) *El delito de malversación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo (1987) *El Derecho Penal en la jurisprudencia. Sentencias 1875-1966*, 2^a Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. T. III.
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo (1998a) *Derecho Penal. Parte General*, 3^a Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. T. II.

- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo (1998b) *Derecho Penal. Parte Especial*, 3^a Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. T. IV.
- FONTECILLA RIQUELME, Rafael (1956) *Concursos de delincuentes, de delitos y de leyes Penales, y sus principales problemas jurídicos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- FRISTER, Helmut (2011) *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi.
- GAETE ROJAS, Sergio (1963) *La comunicabilidad en torno a los elementos del delito*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- GALLEGOS SOLER, José Ignacio (2002) *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA CAVERO, Percy (2008) *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley.
- GARRIDO MONTT, Mario (1997) *Derecho Penal. Parte General*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. T. I.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2006) *Autor y cómplice en Derecho Penal*, 2^a Ed. Buenos Aires-Montevideo: B de F.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2006) *Los delitos especiales*, Montevideo-Buenos Aires: B. de F.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2012). “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores: una distinción necesaria para los delitos especiales de funcionario”. *Doctrina y Jurisprudencia Penal* (Santiago de Chile), N° 8, pp. 3-44.
- GRISOLÍA CORBATÓN, Francisco (1975). “La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude”. *Revista de Ciencias Penales* (Santiago, Chile), 3^a época, N° 1, T. XXXIV, pp. 3-47.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (2009). “La malversación de caudales públicos en el Código Penal Chileno”. En Guzmán Dálbora, José Luis: *Estudios y Defensas Penales*. Santiago de Chile: LegalPublishing, pp. 329-399.
- HADWA ISSA, Marcelo (2007) “El sujeto activo en los delitos tributarios, y los problemas relativos a la participación criminal”. *Política Criminal* (Santiago de Chile), N° 3, A5, pp. 1-18. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_5_3.pdf (fecha de visita 1º de junio de 2012).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2005). “La administración desleal en el Derecho Penal chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Valparaíso), N° XXVI, pp. 201-258.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2011) “Comentario al artículo 14”. En Couso Salas, Jaime-Hernández Basualto, Héctor (directores): *Código Penal comentado. Parte General Doctrina y jurisprudencia*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot-LegalPublishing, pp. 365-382.

- HERRERO HERRERO, César (2000) *Infracciones Penales patrimoniales*. Madrid: Dykinson.
- JAKOBS, Günther (1996) *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas.
- JAKOBS, Günther (1997) *Derecho Penal. Parte general*, 2^a Ed. Traducción de Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Madrid: Marcial Pons.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WIEGEND, Thomas (2002) *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo. Granada: Comares.
- KINDHÄUSER, Urs (2003) “Cuestiones fundamentales de la coautoría”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. *Revista Penal* (Madrid), N° 11 (2003-enero), pp. 53-70.
- LABATUT GLENA, Gustavo (reimp. 2007). *Derecho Penal*, 9^a Ed. Actualización de Julio Zenteno. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. T. I.
- LARA SUAZOLA, Julio (1944) *Los autores*. Santiago de Chile: Universidad de Chile (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales).
- MERA FIGUEROA, Jorge (1994) *Fraude civil y Penal*, 2^a Ed. Santiago de Chile: Ediar-ConoSur.
- MIR PUIG, Santiago (2011) *Derecho Penal. Parte General*, 9^a Ed. Barcelona: Reppertor.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (2005) *Curso de Derecho Penal Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. T. II.
- OLESA MUÑIDO, Francisco (1983). “El delito de malversación por sustracción de caudales o efectos públicos en el vigente código Penal español”, en Mir Puig, S.-Córdoba Roda, J.-Quintero Olivares, G. (coordinadores): *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*. Barcelona: Bosch, pp. 621-674. T. I.
- OLIVEROS ROSELLÓ, José (1996) “La malversación en el Código Penal de 1995”. En González Cussac, José Luis (director): *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, Cuadernos de Derecho Judicial, N° 30, pp. 257-304.
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena (2006). “Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal”. *Política Criminal*, N° 1, A4, pp. 1-22. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_4.pdf (fecha de visita 1 de junio de 2012).
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena (2012). “Sobre la calidad de empleado público en los delitos funcionarios y la punibilidad de quienes no la poseen”. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal* (Santiago de Chile), N° 8, pp. 45-82.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio (2005) *Rol Social y Sistema de Imputación*. Barcelona: Bosch.

- POLITOFF, S.; GRISOLÍA, F.; y BUSTOS, J. (2006) *Derecho Penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, 2^a Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Congreso.
- POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, M. (2004a) *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*, 2^a Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- POLITOFF, S.; MATUS, J.P.; y RAMÍREZ, M. (2004b) *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 2^a Ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel de (director) (1974) *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno (edición crítica)*, Valparaíso: EDEVAL.
- RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena (2008) *Delitos contra la función pública*, Santiago de Chile, 2^a Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- ROMÁN VIDAL, Sergio (1957) *Comunicabilidad de los requisitos personales integrantes de una figura de delito y parricidio*. Santiago de Chile: Universidad de Chile (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales).
- ROXIN, Claus (2000) *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 7^a Ed. Traducción de Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Madrid: Marcial Pons.
- ROXIN, Claus (2003) *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band 2. München: Verlag C. H. Beck.
- ROXIN, Claus (2006) *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin: De Gruyter Recht.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles (2010) *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal*. Granada: Comares.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier (2002) *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons.
- SCHEPELER, Enrique (1953). “Comunicabilidad y Parricidio”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales* (Santiago de Chile), T. L, N° 1, pp. 85-100.
- SCHWEITZER, Daniel (1948). “Nota a una sentencia: Homicidio”. *Revista de Ciencias Penales* (Santiago de Chile), T. X, pp. 198-199.
- URREJOLA GONZÁLEZ, Eduardo (2002). “El incumplimiento de deberes funcionarios como medio idóneo para cometer fraude al Estado”. *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado* (Santiago de Chile), N° 6, pp. 91-101.
- VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Álex (2007) *Delitos tributarios*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Álex (2008a). “El sujeto activo del delito previsto en el artículo 97 N° 4 inciso 2º del Código Tributario.

Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de 1 de julio de 2008, causa ROL N° 638-2008". *Semana Jurídica* (Santiago de Chile), año 3, N° 101, pp. 1165-1166.

- VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Álex (2008b). "Lesiones y Violencia Intrafamiliar". *Revista Chilena de Derecho* (Santiago de Chile), Vol. 35, N° 2, pp. 223-259.
- VARAS VIDELA, Eduardo (1941). "Comunicabilidad a los co-delincuentes de los elementos constitutivos del delito". *Revista de Ciencias Penales* (Santiago de Chile), T. V, pp. 49-56.
- VARGAS PINTO, Tatiana (2011): *Manual de Derecho Penal Práctico. Teoría del Delito con Casos*, 2^a Ed. Santiago de Chile: LegalPublishing-Thomson Reuters.
- VIEIRA VOLPI, Alicia (1936) *Del peculado: malversación de caudales públicos*. Santiago de Chile: Universidad de Chile (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales).

JURISPRUDENCIA CITADA

- FM, N° 41, CS, 1962, p. 55.
- FM, N° 129, CS, 1969, p. 187.
- GJ N° 42, CA de Talca 1983, p. 89.
- RDJ T. LVI Secc. IV, CA de Valparaíso, 1959, p. 110.
- RDJ, T. L, Secc. IV, CS, 1953, p. 24.
- RDJ, T. LXXXVI, Secc. IV, CS, 1989, p. 7.
- SCA de Concepción, 22/01/2009, Rol 392-2008.
- SCA de Santiago 24/10/2011, Rol 900-2011.
- SCA de San Miguel 31/01/1990, Rol 2011-1988.
- SCA de San Miguel 09/08/1999, Rol 3417-1998.
- SCA de San Miguel, 01/09/2011, Rol 244-2011.
- SCS, 01/07/2008, Rol 638-2008.
- SCS, 02/12/2009, Rol 7640-2008.
- SCS, 07/10/2002, Rol 3028-2002.
- SJG Santiago (7º), 17/12/2007, Rit 5391-2006.
- STOP de Santiago (4º), 02/01/2010, RIT 215-2009.
- STS 16/03/2006, 309/06.
- STS 11/12/2008, 817/08.