



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**EL CASTIGO DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DES-
LEAL**

Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y So-
ciales

Sofía Collao Cepeda

Profesor guía: Dr. Lautaro Contreras Chaimovich

Santiago, 2022.

A mis padres y hermano.

A Corina y Ester, por enseñarme, guiarme y demostrarme que podemos lograr todo mientras perseveremos.

ÍNDICE

Introducción	4
---------------------	----------

Primer Capítulo. Autoría y participación en los delitos especiales propios

1. Delitos especiales propios e impropios	7
2. Límites de la coautoría, autoría inmediata y la autoría mediata en los delitos especiales propios	8
3. El problema que presenta el castigo al extraneus los delitos especiales propios	12
4. Problemas que presenta el castigo al extraneus en las distintas legislaciones	13
4.1. Problemas respecto al extraneus en el derecho español y alemán	
4.2. Problemas respecto al extraneus en el derecho chileno	16
5. Constelaciones prácticas	19
a. El extraneus como inductor del intraneus	21
b. El extraneus como cómplice	23
c. El extraneus como encubridor	26

Segundo Capítulo. La responsabilidad del extraneus en el delito de administración desleal en el Derecho chileno

1. Autoría en el delito de administración desleal en la doctrina	28
2. Responsabilidad del autor del delito de administración desleal en Chile	30
3. Comunicabilidad de la calidad especial del sujeto activo en la doctrina nacional	32
a. Comunicabilidad de las circunstancias del artículo 64 CP	35
b. Propuestas de solución de aceptarse la comunicabilidad en la doctrina chilena (en algún grado)	36
4. El extraneus en los delitos tributarios y concursales	40
5. Toma de postura: aproximaciones a la forma de castigar al extraneus en el delito de administración desleal del art. 470 N°11 CP	41
Conclusiones	47
Bibliografía	49

INTRODUCCIÓN

El nacimiento progresivo de los negocios a nivel nacional e internacional parece no tener descanso. En nuestro país, son cada vez más las personas que se asocian para aventurarse en nuevos proyectos, con la finalidad de entrar, competir en el mercado y obtener ganancias. Este constante sube y baja en materia económica, donde diversas empresas son creadas, quiebran, mientras otras funcionan esporádicamente y otras que nacen con un determinado objetivo para después terminar su giro, no hay duda alguna que dentro de estas relaciones económicas pueden surgir problemas, y las legislaciones deben estar a la altura para evitar conflictos que puedan aparecer dentro de esta dinámica. Además de existir una clara exigencia de la ciudadanía por una mayor sanción a los delitos económicos, los que parecen ser vistos de forma radicalmente distinta a los delitos de mayor connotación social (homicidios, robos con violencia, hurtos, lesiones, etc.) para efectos de imposición de pena, lo que refleja carencias dentro del sistema penal chileno para enfrentar estas situaciones.¹

La incorporación del delito de Administración Desleal en el artículo 470 N°11 del Código Penal nace a raíz de una problemática actual en nuestra legislación, a propósito de un vacío existente respecto de la desprotección de personas que confían su patrimonio a otros, donde los primeros ven menoscabados sus intereses por las acciones abusivas que eran llevadas a cabo por estos últimos.²

¹ WINTER ETCHEVERRY, Jaime. (2015). Derecho penal e impunidad empresarial en Chile. Revista de Estudios de la Justicia, (19), pp. 91-125.

² ART. 470 CP: Las penas privativas de libertad del art. 467 se aplicarán también:

"11. Al que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le irrogare perjuicio, sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado.

Si el hecho recayere sobre el patrimonio de una persona en relación con la cual el sujeto fuere guardador, tutor o curador, o de una persona incapaz que el sujeto tuviere a su cargo en alguna otra calidad, se impondrá, según sea el caso, el máximo o el grado máximo de las penas señaladas en el artículo 467.

En caso de que el patrimonio encomendado fuere el de una sociedad anónima abierta o especial, el administrador que realizare alguna de las conductas descritas en el párrafo primero de este numeral, irrogando perjuicio al patrimonio social, será sancionado con las penas señaladas en el artículo 467 aumentadas en un grado. Ade-

Es aquí donde toma relevancia lo que castiga el tipo penal antes señalado: “los terceros”, que se aprovechaban de la confianza de las víctimas, siendo reprochables por tener una posición privilegiada respecto de otros para cometer el ilícito. Así, no es cualquiera el que es castigado por el tipo, con la introducción de este delito, se castiga a la persona que abusa del lugar y rol que le ha sido entregado por la víctima, el de ser una persona “autorizada para administrar su patrimonio”.

Previo a la existencia de este delito, introducido por la ley 21.121, publicada el día 20 de noviembre de 2018, estas acciones se castigaban de acuerdo con los tipos penales de apropiación indebida, estafa, malversación de caudales públicos, entre otros. Siempre siendo un gran problema el poder cumplir los requisitos de cada tipo penal, los que en cierta medida no guardaban una relación directa con la conducta efectivamente desplegada por el encargado de administrar el patrimonio, lo que causaba, en muchos casos, no lograr sentencias condenatorias, dejando en clara desprotección a las víctimas.

Así, el nuevo tipo penal de administración desleal destaca porque puede ser cometido por alguien que ha sido autorizado por la víctima, por lo que se presume que existiría una relación de confianza, donde el infractor ha abusado de su posición y ha fallado en cumplir con los deberes que le competen dentro de lo que ha sido asignado por el titular del patrimonio. Se castigarán las conductas que contradigan el deber de protección o conservación del patrimonio sean tanto activas como omisivas. En síntesis, el delito de administración desleal busca castigar a quien abuse de su posición u omita una actuación adecuada respecto de los intereses del titular del patrimonio.

más, se impondrá la pena de inhabilitación especial temporal en su grado mínimo para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de una Superintendencia o de la Comisión para el Mercado Financiero.

En los casos previstos en este artículo se impondrá, además, pena de multa de la mitad al tanto de la defraudación”.

Respecto a la persona que comete el ilícito, el determinar si estos han actuado en calidad de autores o partícipes supone distintas consecuencias dentro de la responsabilidad.³

El problema que nace de este tipo penal es la ausencia de referencia a una posible responsabilidad de un externo (extraneus) que obligue a actuar de forma ilegal a la persona a cargo de administrar el patrimonio (intraneus), o en caso contrario, que la persona a cargo de administrar el patrimonio se sirva de un externo para cometer el ilícito penal.

Esta investigación busca dilucidar la responsabilidad y posible castigo para el extraneus que utiliza a un intraneus para cometer el delito o el intraneus que utiliza a esta persona externa que no reviste la calidad especial demandada por el tipo para ser responsable del ilícito.

Uno de los planteamientos de la doctrina es qué sucede respecto a la comunicabilidad de la calidad especial, cuál es el tratamiento penal que se da a los sujetos que intervienen en estos delitos, problema que será abordado en profundidad en uno de los subcapítulos.

³ BACIGALUPO SAGESSE, Silvina. Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios, Editorial Marcial Pons, 2007, p. 10.

Primer Capítulo. Autoría y participación en los delitos especiales propios

1. Delitos especiales propios e impropios.

“Se denomina delitos especiales a aquellos que solo pueden ser cometidos por determinadas personas; en ellos el autor debe cumplir necesariamente ciertas cualidades o condiciones preestablecidas”.⁴ Se acostumbra a denominar a las personas calificadas para ser autores de estos hechos como *intraneus*, y aquellos que resultan inidóneos como *extraneus*. En los delitos especiales se realiza una distinción entre aquellos que lo son por naturaleza, denominados propios, y los que corresponden a una figura base, que se denominan impropios. “Los delitos especiales propios están dotados de una especial característica cual es una determinada condición del sujeto activo, es decir, si este no reúne los requisitos exigidos en el tipo el hecho deviene atípico por la falta de correspondencia del comportamiento con un delito común”.⁵ De acuerdo a lo anterior es correcto afirmar que la calidad de autor de un delito especial propio está dada por el ordenamiento jurídico, donde el sujeto activo debe reunir ciertas cualidades o condiciones para ser responsable penalmente.

Respecto a los delitos especiales impropios, estos se diferencian de los primeros ya que están constituidos por tipos penales generales, donde la ley los considera como figuras agravadas o privilegiadas, tal como sucede con el parricidio o infanticidio (los cuales tienen como figura base el delito de homicidio).⁶ En este tipo de delitos, la

⁴ GARRIDO MONTT, Mario, Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984, p. 361.

⁵ REBOLLO VARGAS, Rafael. Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LIII, 2000, p. 135.

⁶ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. p. 362.

actuación de un *extraneus* como autor, hará que sea responsable por el tipo base, es en este sentido que autores nacionales como Francisco Grisolia⁷ y Mario Garrido Montt indican que esta es la solución que se encuentra en armonía con la legislación de nuestro país.⁸

Siguiendo a Garrido Montt, la autoría en los delitos especiales propios recae solo en el *intraneus*, ya que estos solo pueden ser cometidos por sujetos calificados, y si son cometidos por otros no son hechos punibles.⁹ Es aquí donde se genera uno de los primeros problemas de la doctrina respecto a la autoría en los delitos especiales propios, controversia que se buscará explicar en detalle en las siguientes páginas.

2. Límites de la coautoría y la autoría mediata en los delitos especiales propios.

Para la doctrina alemana, de acuerdo con lo sostenido por Welzel¹⁰ y Von Belling¹¹, en los delitos especiales propios, el autor mediato inidóneo no podrá responder como autor, aunque se valga como instrumento de una persona inidónea. Pero, cuando el autor mediato es un *intraneus* (idóneo), aunque en la ejecución emplee a un *extraneus* (inidóneo), no deja de ser autor mediato. Así, en Alemania es absolutamente dominante la tesis de que el extraño no puede ser autor mediato del delito especial.¹²

Para remediar la situación anterior, algunos autores alemanes han desarrollado la teoría del “instrumento doloso no cualificado”, la que es explicada a través de la siguiente constelación de casos: “El funcionario A induce al extraño B a cometer un delito especial propio. B no puede ser castigado porque su comportamiento no sería

⁷ GRISOLÍA CORBATÓN, Francisco (1975). La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude. Revista de Ciencias Penales (Santiago, Chile), 3ª época, N°1, T. XXXIV, p. 16.

⁸ GARRIDO MONTT, Op. Cit., p. 367.

⁹ Ibid., p. 369.

¹⁰ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, §15, p. 146.

¹¹ VON BELING, Ernst. Die Lehre vom Verbrechen, Editorial Keip Verlag, 1906. p.239.

¹² GIMBERNAT ORDEIG. Op. Cit., p. 231.

punible, lo que, a su vez, haría que el funcionario A quedara impune, pues no habría un hecho principal al cual vincular su inducción”.¹³ Según esta teoría, el caso recién descrito, el inductor es en realidad autor mediato y el instrumento, cómplice. Roxin y F. Schroeder, indican que el extraneus no será nunca autor, aunque tenga el dominio del hecho.¹⁴

En la doctrina española, la tendencia es mantener lo indicado por la doctrina alemana, “en los delitos especiales propios, el extraneus no puede ser autor mediato en esta clase de hechos cuando emplea como medio de ejecución a un intraneus”.¹⁵ Para el jurista español Gimbernat, es claro que aquel que no revista la calidad especial requerida por el tipo, no puede ser autor mediato del delito especial, ya que “faltaría un elemento típico en el aspecto personal”.¹⁶

En Chile, según Grisolí, “en los delitos especiales propios, el autor debe cumplir con las condiciones de idoneidad que la ley exige, nunca un extraneus podrá serlo y como la autoría mediata no ofrece diferencias con la autoría inmediata, no se da la posibilidad de autoría mediata de un delito especial con sujeto inidóneo”¹⁷. De acuerdo con lo indicado anteriormente es que para el autor Grisolí, este autor inidóneo, nunca podrá ser punible. Destaca que si el intraneus es el autor mediato, que recurre un sujeto inidóneo para la realización del tipo penal, responde como autor mediato, por cumplir con las características solicitadas por el tipo.¹⁸

Garrido Montt comparte el planteamiento de Grisolí, destacando que aquel planteamiento se condice a la legislación chilena. Ya que a la luz del estudio del artículo 15 del Código Penal Chileno¹⁹, en nuestro ordenamiento “no existirían diferencias entre

¹³ Ibid., p. 260.

¹⁴ Ibid., p. 263.

¹⁵ Ibid. p. 262.

¹⁶ Ibidem. p. 229.

¹⁷ GRISOLÍA CORBATÓN, Francisco. Op. Cit., p. 16.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ ART. 15: “Se consideran autores:

1.º Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa; sea impidiendo o procurando impedir que se evite.

2.º Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.

3.º Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”.

el autor mediato e inmediato, de manera que cuando la ley requiere de una calidad particular para poder ser autor, esa cualidad es exigible indistintamente a ambas modalidades de autoría” En otras palabras, el N°1 del artículo 15, cuando se refiere al autor individual, incluye a aquel que hace material y personalmente el hecho delictivo y además a aquel que utiliza a otros y/o se arma de instrumentos para ejecutar el hecho.²⁰

Así, es relevante indicar que a partir de esta situación en donde no hay diferencia entre los autores mediatos e inmediatos, ya que, en concordancia con los requisitos entregados por la legislación respecto a requerir una cualidad especial para los autores, esa cualidad será exigida a ambas formas de autoría²¹, y no se verá alterada cuando el extraneus actúa como autor mediato y emplea como instrumento a un intraneus, pues este último, aunque cumpla con la condición requerida para la figura penal, no se transmite al autor, que es extraneus, y tampoco pierde su condición de simple instrumento por tener la calidad precisada por la figura especial. Para este autor, queda impune el autor del delito especial propio.²²

En Alemania, respecto a la coautoría en los delitos especiales propios, “son aquellos que pueden ser autores, por exigencia de la figura, un círculo determinado de personas y que no tienen correspondencia con un delito común”.²³ De igual forma, es necesario prevenir que, en esta doctrina, la coautoría no puede ser realizada por personas calificadas y no calificadas. Vale decir, el extraneus (inidóneo), nunca podrá ser coautor de un delito especial propio, aunque ayude al intraneus en su ejecución, el primero siempre será castigado como cómplice.²⁴

En la doctrina española, la coautoría es autoría y, por lo tanto, no es autor quien no reviste las características para serlo, de acuerdo con tipo penal en particular. Así, no es posible la coautoría de un intraneus con extraneus en un delito especial propio.²⁵

²⁰ GARRIDO MONTT, Op. Cit . p. 367.

²¹ Ibidem.

²² Ibid., p. 368.

²³ Ibid., p. 369.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibid., p. 371.

En Chile no hay una posición unánime respecto a la coautoría en los delitos especiales propios. Al respecto, el profesor Eduardo Novoa, se inclina por la unidad del título de imputación, indicando así que un extraneus no puede ser autor solitario, pero puede actuar en conjunto con un extraneus, “quedando sujeto a la responsabilidad pertinente del delito especial”.²⁶

Para Etcheberry, en los delitos especiales propios, el extraneus responde de igual forma que el intraneus, con la limitación de que los primeros nunca podrán ser autores ejecutores, sino partícipes.²⁷

Grisolía estima que la noción de autor está precisada por cada tipo penal, pero a la vez, plantea una visión distinta a lo que se ha entendido generalmente por coautoría, ya que la entiende e introduce como accesoria a la autoría principal. Para este autor, “los comportamientos de los extraneus coautores deben siempre considerarse como accesorios al comportamiento del extraneus, de modo que responderían por el delito especial en igual forma que este último”.²⁸ Según el profesor Grisolía, en los delitos especiales propios el autor debe ser necesariamente calificado, si no lo es, no hay delito especial y tampoco lo habría para los demás coautores y participantes, aunque sean intraneus, porque sus comportamientos son accesorios.

Por otro lado, el profesor Enrique Cury plantea la postura de la incomunicabilidad extrema de las circunstancias personales, indicando que “a los partícipes no se comunican aquellos elementos subjetivos o calidades personales que forman parte del tipo delictivo, y que son, por ende, determinantes; ya para la incriminación de la conducta, ya para la calificación a un título específico”.²⁹

²⁶ NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso De Derecho Penal Chileno. 2° Edición. Santiago, Editorial ConoSur, 1985. p. 266.

²⁷ ETCHEVERRY, Alfredo. Derecho Penal Parte General, Tomo II, 3° Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 87.

²⁸ GRISOLÍA CORBATÓN, Francisco. Op. Cit., p., pág. 15.

²⁹ CURY URZÚA, Enrique. Orientación Para El Estudio De La Teoría Del Delito. Santiago, Editorial Nueva Universidad, Universidad Católica de Chile, 1973, p. 259.

3. El problema que presenta el castigo al extraneus los delitos especiales propios.

Uno de los problemas que subyacen a la participación criminal en los delitos especiales propios tiene que ver con la punibilidad. En particular, con uno de los principios que rigen la participación, este es el de la comunicabilidad.

Cuando se está frente a un delito especial, es posible que sean múltiples partícipes o que intervengan sujetos que no revisten la calidad especial que demanda el tipo penal en cuestión, los llamados “*extraneus*”. Es aquí donde surge el problema a tratar en este subcapítulo, ¿Se comunica o no al *extraneus* la calidad que, sí se da en el autor, denominado sujeto calificado o *intraneus*?³⁰

Para realizar un primer acercamiento a legislaciones comparadas, en Alemania solo puede ser autor de un delito cualificado por un elemento personal especial aquél en quien concurre dicho elemento, mientras que el resto de los intervinientes en el hecho deberán responder, a lo sumo, como partícipes. En la legislación alemana se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por sí mismo o a través de otro y respecto a la autoría mediata se destaca que “aunque el ejecutor actúe libremente, el *intraneus* que le induce no es inductor, sino autor mediato”.³¹ Roxin, respecto a los delitos especiales, introduce la categoría de delitos de infracción de deber, y para él, el que infringe el deber es autor sea cual sea su contribución al delito; y el que no infringe el deber no es autor ni aunque tenga el dominio del hecho.³² “El funcionario que induce a un *extraneus* plenamente responsable (instrumento doloso no cualificado) a cometer un delito especial propio, es autor, a pesar de no tener el dominio del hecho, mientras que el *extraneus* que posee el dominio del hecho, será solo cómplice”.³³

³⁰ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. Delitos Contra La Función Pública. 2°. Edición Actualizada, Santiago, Editorial Jurídica De Chile, 2008. p. 127.

³¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Autor Y Cómplice En Derecho Penal”, Madrid, 1966, p. 257.

³² *Ibid.* p. 264.

³³ *Ibid.* p. 265.

Siguiendo con esta idea, por su parte, el Código Penal Español, en su artículo 28 recoge el concepto de autor dominante en la doctrina “son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”.³⁴

La hipótesis más compleja en temas de autoría es la autoría mediata, o sea, aquella en que el autor no realiza materialmente el tipo, sino que utiliza a otro como instrumento para cometer el ilícito. Para abordar este tema se debe tener en cuenta que entenderemos el concepto de autor mediato según la teoría del dominio del hecho, es decir, será autor el que tenga el dominio del hecho que otro ejecuta materialmente.

4. Problemas que presenta el castigo al extraneus en las distintas legislaciones

4.1. Problemas respecto al extraneus en el derecho español y alemán

El autor Abanto Vásquez destaca este problema indicando la diversidad de opciones para solucionarlo, las cuales van desde la impunidad total del *extraneus* hasta su punibilidad como partícipe.³⁵ Este autor adopta la teoría de los delitos de infracción de deber, introducida por Claus Roxin. Para Abanto, existen dos posibilidades para llevar a cabo la delimitación de la autoría y la participación en los delitos especiales: referirse a la teoría de "el dominio del hecho", o la teoría de "infracción del deber". La mayoría de los autores aplican, de distinta manera, los principios de la teoría del "dominio del hecho" también en los delitos especiales. Según la primera teoría, existiría una segunda división sobre la teoría de “ruptura del título de imputación”, donde destaca que la punibilidad del *extraneus* estaría dada por la base del tipo penal común del delito especial que castiga al *intraneus*, así, al aplicar esta teoría en los delitos especiales propios, el *extraneus* quedaría impune, ya que no estaríamos frente a la existencia de un “delito base común”.³⁶

³⁴ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General, Editorial Reppetor, Barcelona, 2002. p. 375.

³⁵ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber. Revista Penal, N°14, Julio 2004, p. 4.

³⁶ Ibid., p. 8.

El problema que destaca Abanto en esta teoría es que atenta contra la “accesoriedad” de la participación, ya que en los delitos especiales propios siempre se daría la impunidad del *extraneus*, y si este llega a ejecutar los hechos, por temas de accesoriedad también resultaría impune el *intraneus*. Por otro lado, se encuentra la teoría de la unidad de imputación, donde el *extraneus* sí puede ser partícipe del delito especial, “pues si bien no es ni puede ser considerado autor, nada impediría que pueda sea abarcado como cómplice o instigador de dicho delito”.³⁷ Para Abanto Vásquez, “la imputación (única) de la autoría (sobre cuya base se construirá la participación) dependerá de quién haya ejecutado los hechos con "dominio del hecho". Si este "dominio del hecho" lo tenía el intraneus y el extraneus solamente ha colaborado con un aporte menos importante, este último será "partícipe" del primero en el delito especial. Si el dominio del hecho lo tuvo el extraneus y el intraneus no, el delito cometido será el "común" y el intraneus será partícipe en este delito común”.³⁸

Así, si bien el autor destaca que la teoría de “unidad del título en la imputación” ha sido predominante tanto en Alemania como en España, no es del todo perfecta, ya que, bajo ciertas premisas, no cumple con dar una solución para fundamentar la autoría de un *intraneus* que se vale de un *extraneus* que actúa voluntaria y conscientemente en la comisión de un hecho delictual.³⁹ Esta problemática fue mencionada en párrafos precedentes, haciendo referencia a ella como la doctrina del “instrumento doloso no cualificado”, introducida por Roxin y Schröder. Según esta doctrina, si se aplica la teoría del “dominio del hecho” respecto de los delitos especiales propios, sería, en palabras del autor “sería inevitable la impunidad de ambos, tanto en la teoría de la ruptura del título de imputación, como bajo la teoría de la unidad del título de imputación: la conducta del *extraneus* sería atípica y, por accesoriedad limitada, la del *intraneus* también lo sería”.⁴⁰

³⁷ Ibid., p. 5.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibid., p. 6.

⁴⁰ Ibidem.

Así, respecto a la extensión de la autoría a los no cualificados, para Claus Roxin, que el partícipe no se encuentre en la relación de deber especial que requiere el tipo penal para responsabilizar al autor es la clave del por qué se le caracteriza como partícipe.⁴¹ Es relevante recalcar que, para Roxin, el criterio fundamental de autoría -la infracción del deber de velar por el patrimonio- está ausente. “En los delitos de dominio, un sujeto es autor mediato si dirige, dominándolo, el acontecer mediante coacción o engaño a otro. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber para la autoría mediata no se requiere el dominio del hecho. Basta que el individuo que está sujeto a una relación de deber deje la ejecución de la acción a una persona que se encuentre al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría”⁴².

Para el autor García Caveró, los delitos de infracción de deber revisten una característica relevante respecto a la comunicabilidad, que los diferencia de otros. Para él, si la calidad de titular de un deber se comunica a otros partícipes del delito, estos dejarían de ser partícipes para convertirse en autores, ya que en estos delitos no es relevante qué grado de dominio del riesgo ha sido creado para lesionar un bien jurídico, si no, el simple hecho de haberse infringido un deber. Así, en particular, respecto de los delitos especiales propios, la duda acerca de la punibilidad de los partícipes es aún más grande. Para este autor, la única forma de castigar a un *extraneus* es que se tipifique expresamente la aportación especial a la materialización del delito. En palabras del autor “se requiere una tipificación específica que sancione la intervención del particular”.⁴³

Siguiendo con la búsqueda de posibles castigos al *extraneus*, el español Robles Planas señala que la doctrina no debe quedarse solo en una distinción formal (delitos propios e impropios) y que debería empezar a dirigir la discusión hacia un criterio material. En sus palabras, esta nueva distinción que plantea, “Se trata de la distinción

⁴¹ ROXIN, Claus. “Autoría y dominio del hecho en derecho penal”. Traducción por Joaquín Cuello Contreras, Editorial Marcial Pons, 2016, p. 405.

⁴² Ibid. p.394.

⁴³ GARCÍA CAVERO, Percy. *La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales*, La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú Anuario de Derecho Penal, 2009, p. 124.

entre aquellos delitos que son especiales por limitar el círculo de posiciones desde las que se otorga relevancia típica a la lesión (delimitación de la posición especial) de aquellos otros delitos que establecen limitaciones ya en el nivel de reconocimiento de las normas de conducta que dan lugar a la aplicación de la norma de sanción típica. Los primeros se denominan aquí delitos de posición y los segundos delitos especiales de deber. En los delitos de posición no se establecen limitaciones a las formas de conducta, de manera que rigen las reglas generales, en los delitos especiales de deber, en cambio, la decisión de cuáles son las normas de conducta que deben infringirse está específicamente tomada por el legislador”.⁴⁴

Así, podemos afirmar que, en los delitos de posición, será autor de delito quien deficiente tal. Sin embargo, puede ocurrir que quien está calificado, no sea el que contribuya de gran forma a la realización del hecho típico.⁴⁵

De igual forma, es necesario puntualizar que no adherimos a la postura de Robles de caracterizar ciertos delitos como delitos de posición, cuestión de la que nos haremos cargo en el siguiente capítulo.

4.2. Problemas respecto al extraneus en el derecho chileno

En Chile, el Código Penal no ha resuelto el problema de la comunicabilidad de los elementos de índole personal, aunque sí lo ha hecho respecto de las circunstancias modificatorias. El artículo 64 del Código⁴⁶ consigna la regla de la incomunicabilidad de las circunstancias modificatorias de índole personal.⁴⁷

⁴⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo. “La participación en el delito: fundamento y límites”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003. p. 238.

⁴⁵ Ibid., p. 241.

⁴⁶ 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 sólo 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 tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”.

⁴⁷ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. Delitos Contra La Función Pública. 3°. Edición Actualizada, Santiago, Editorial Jurídica De Chile, 2021. p. 128.

Un sector minoritario de la doctrina plantea la comunicabilidad de los elementos del tipo de carácter personal, esta postura es defendida por autores como Novoa y Garrido Montt, donde avalan el principio de “unidad del título de imputación”, donde señalan que todos los intervinientes en un ilícito deben ser sancionados bajo el mismo título.⁴⁸

Otro sector, también minoritario, es el que postula la incomunicabilidad de los elementos del tipo de carácter personal.⁴⁹ Justificando lo anterior en lo indicado por el Código Penal indicando que este establece la “imposibilidad de comunicar una circunstancia modificatoria, cuyo efecto sólo incide en el cuántum de la pena, y, por tanto, con mayor razón se entiende que no puede comunicarse un elemento del tipo delictivo, cuyo efecto se proyecta sobre la existencia de la misma pena”.⁵⁰

Finalmente, la posición mayoritaria en la doctrina de nuestro país distingue entre aquellos delitos en que la calidad especial exigida por el tipo es un factor clave en la ilicitud de la conducta: distinción entre delitos especiales propios e impropios. Para efectos de este trabajo, es relevante destacar que para los delitos especiales propios no existe un delito base que permite castigar a la persona que no reviste de la calidad especial del tipo, por lo que cuando se habla de castigar a un *extraneus* por el delito base común de acuerdo a las reglas establecidas, en los delitos especiales impropios es correcto hablar de la aplicación de la regla de incomunicabilidad contenida en el artículo 64 del Código Penal. No es así en los delitos especiales propios, donde, en palabras de Rodríguez Collao y Ossandón, “no existe un título paralelo de castigo”, por lo que no sería aplicable la regla de la incomunicabilidad que se contempla en el artículo aludido, sino, sería plausible aplicar a este tipo de delitos la comunicabilidad de la condición.⁵¹

⁴⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo. Op. Cit. p. 239.

⁴⁹ CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal Parte General. Editorial Jurídica, Santiago, 1992. p. 232.

⁵⁰ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. Op. Cit., p. 128.

⁵¹Ibid. p. 129.

Lo relevante del planteamiento anterior es que entrega una suerte de solución al problema de la punibilidad del partícipe, ya que el *extraneus* no queda impune por el delito, que es lo que convoca en este subcapítulo, pero a esta solución subyace el siguiente problema: significa castigar al *extraneus* con la misma pena que al *intraneus*⁵², aunque el primero no tenga las características requeridas por el tipo, y no existe una infracción de deber del mismo como autor, por las razones que se han indicado en el subcapítulo anterior. Esta diferencia lleva a otro problema, que es la diferencia de trato entre el partícipe de un delito especial propio y un delito especial impropio. El partícipe del primer tipo será sancionado como se indica previamente, de igual forma que el intraneus, mientras que el partícipe del delito impropio será castigado de acuerdo con la pena que fija el delito común, la cual, por las características del tipo, es una responsabilidad atenuada. Lo anterior es explicado por Rodríguez y Ossandón como “en otras palabras, se atenúa la responsabilidad penal cuando la calidad especial solo modifica la gravedad del hecho, mientras que esto no ocurre cuando la fundamenta”.⁵³

En Alemania existe una solución al respecto: su legislación consagra una atenuación especial obligatoria en los casos en que el partícipe no cumpla con las características especiales requeridas por el tipo. En España ocurre algo similar. Nuestro ordenamiento no da una solución a esta problemática, ni tampoco se permite la aplicación de una atenuante para el caso de los delitos especiales propios, por lo que se vuelve al problema principal: el actuar del *extraneus* no es punible, o se le trata de igual forma que al *intraneus*, aunque el primero no revista las características demandadas por el tipo, y sea desigual su tratamiento respecto al *extraneus* que es parte en un delito especial impropio.⁵⁴

Respecto al punto anterior, la autora Tatiana Vargas⁵⁵ realza la tesis de la doctrina mayoritaria en Chile sobre la comunicabilidad relativa, donde en los delitos especiales

⁵² Ibid. p. 129.

⁵³ Ibid. p. 130.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ VARGAS PINTO, Tatiana. Manual De Derecho Penal Práctico: Teoría Del Delito Con Casos. 2º Edición, Santiago, Editorial Abeledo Perrot Legal, 2011, p. 281.

propios “la calidad especial del agente funda el injusto y no existe otro delito sin ella, como la prevaricación del juez o el incesto”.⁵⁶ O sea, en estos delitos no cabe división del título, ya que no existe otro delito base común, por lo que las cualidades se comunicarían a los partícipes. Asimismo, la autora realiza una salvedad respecto a la limitación de la comunicabilidad de las estas cualidades especiales que fundan el tipo respecto de los inductores y cómplices, señalando que la comunicabilidad los incluye a ellos y no a los autores materiales, los que, obviamente, serán castigados por su propia conducta desplegada.⁵⁷ Esto a diferencia de los delitos especiales impropios, donde perfectamente se puede dividir el título y no comunicar las calidades especiales.⁵⁸

5. Constelaciones prácticas

En primer lugar, las situaciones que plantean al *extraneus* como cómplice o instigador, teniendo como autor a un *intraneus*, respecto de los delitos especiales, o viceversa, deben resolverse teniendo en cuenta el principio de la accesoriedad. Así, de acuerdo con autor Garrido Montt, “siendo la complicidad y la instigación accesorias, seguirán la suerte de la acción del autor”.⁵⁹ Si bien las posibles soluciones que ha dado la doctrina al respecto serán mencionadas en párrafos posteriores, debemos adelantar que las reglas de comunicabilidad del artículo 64 CP no son aplicables, ya que su alcance está dirigido a las circunstancias agravantes y atenuantes propiamente tales, pero no a la circunstancia que integra un delito como uno de sus elementos, pues ésta, conforme al artículo 63 del mismo cuerpo legal, deja de ser agravante o atenuante.⁶⁰

Lo anterior no implica, como se ha dicho anteriormente, que se transfiera la calidad especial al *extraneus* inductor o cómplice con un autor *intraneus*, ya que es más que

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. p. 393.

⁶⁰ Ibid.

eso, los sujetos no responden por “hechos”, sino por su propia y particular acción, la que puede variar de acuerdo con las circunstancias del hecho determinado.⁶¹ Así, “el sujeto responderá si tiene conocimiento de la condición personal del autor y, si el propósito de su acción ha sido colaborar con él por su calidad, pues es principio que cada sujeto responde de su propio dolo”.⁶²

El fundamento de lo indicado anteriormente se ha tratado en diversas oportunidades cuando se habla de la participación del *extraneus*, el por qué este es inidóneo para ser el sujeto activo de ciertos tipos penales y por qué cuando nos referimos a este en los delitos especiales propios no lo consideramos nunca como autor. Las conductas que son desplegadas por el tercero extraño, ya que “no pueden ostentar la titularidad de una función social o institucional o una especial posición de dominio en concreto, ni tampoco pueden desempeñar incorrectamente una función social o institucional en el seno de unas determinadas estructuras sociales o institucionales, ni pueden abusar de la especial posición de dominio en la que se encuentre involucrado un bien jurídico, ni pueden asumir la posición de garante respecto del bien jurídico protegido involucrado en determinadas estructuras, ni pueden desempeñar un papel de control de peligros para el bien jurídico involucrado en el ejercicio de una función social o institucional o en una especial posición de dominio”.⁶³

De lo anterior se puede concluir que las acciones que sean desplegadas por el sujeto *extraneus* tienen un potencial lesivo que es considerablemente menor al potencial que puede desplegar la conducta del *intraneus*. Es según lo anterior que surgen distintas problemáticas en el castigo al *extraneus*, ya que es su grado de su participación en el hecho ilícito el que trae diferencias de posturas para la doctrina.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibid. p. 394.

⁶³ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. “El fundamento de la atenuación (facultativa) de la pena del partícipe *extraneus* en un delito especial en el Código penal”. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, Nº3, 2018, p. 18.

a. El extraneus como inductor del intraneus.

Inductor es quién determina directamente a otro para cometer un hecho punible. Esta inducción requiere siempre una conducta activa. Ya que para hablarse de instigación “es menester que el agente haya obrado directamente – esto es, mediante actos positivos orientados a ese objeto- en la formación de la voluntad delictiva del actor”.⁶⁴ Así, la voluntad del inductor debe estar dirigida a la provocación de un delito concretamente determinado.⁶⁵

De acuerdo con lo indicado por Enrique Cury, “para que haya instigación es clave que en este tercero se haya formado la voluntad de delinquir y que esta sea exteriorizada, por lo menos, en un principio de ejecución. La instigación no aceptada no es punible. Del otro lado, limitarse a reafirmar una voluntad delictiva no constituye instigación”.⁶⁶

En esta hipótesis, en conformidad a lo indicado por algunos autores chilenos, en los delitos especiales propios, cuando la persona del intraneus, o sea, el sujeto que reviste la calidad especial que el tipo penal demanda, interviene en el hecho con la participación de un extraneus, estos últimos responden por el delito cometido por el autor, ya que se entiende que sus conductas de alguna forma son complementarias a las del autor, y , como se ha explicado anteriormente, en Chile se sigue la teoría del título único de imputación, donde es irrelevante la distinta calidad de los intervinientes.⁶⁷

Por otra parte, cuando el intraneus es cómplice o instigador y el extraneus realiza el hecho delictivo, el primero no responderá de ningún delito, ya que el extraneus no puede ser considerado autor del delito, y, de acuerdo al principio de accesoriedad, no sería punible su conducta.⁶⁸ Así, es consenso en la doctrina adoptar el criterio de la accesoriedad media, donde “la punibilidad de las formas de participación accesorias depende de que exista una conducta principal típica y antijurídica, y que éste, a la vez, es el sistema adoptado en la legislación, que puede ser deducida de los artículos

⁶⁴ CURY, Enrique. Op. Cit., p. 268.

⁶⁵ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “Derecho Penal. Parte General”, Editorial Ara Editores, 2004, p. 493.

⁶⁶ CURY, Enrique. Op. Cit., p. 268.

⁶⁷ GARRIDO MONTT, Op. Cit. p. 394.

⁶⁸ Ibid. p.396.

15 y 16 del Código Penal⁶⁹, dónde se refiere a la participación de cómplices e inductores a la ejecución de un hecho, no un delito”.⁷⁰

Respecto a lo anterior, y para conseguir la atenuación de penal al extraneus en los delitos especiales propios, la doctrina alemana acude al siguiente recurso: “El que, por realizar actos ejecutivos sería coautor, queda degradado, en los delitos propios, a mero cómplice. Coautor de tales hechos, pues, solo puede ser el intraneus”.⁷¹

Así, la cualidad especial es la que fundamenta la pena, esta corresponde a la naturaleza accesoria de la participación. De igual forma, la doctrina alemana entiende que el tratamiento que se da a los no cualificados que prestan su colaboración en los delitos especiales propios representa una inconsecuencia: “en los delitos especiales impropios, el extraño que actúa como coautor, inductor o cómplice en un parricidio resulta siempre beneficiado, pues la pena que se le impone es la de coautoría, inducción o complicidad a un homicidio”.⁷²

En este sentido, Gimbernat destaca que Alemania, “de acuerdo a los principios en los que descansa la participación de extraños, tanto en los delitos propios e impropios, respecto a estos últimos, la pena siempre es atenuada. En cambio, respecto a los delitos especiales propios, al único extraneus que se le atenúa la pena es al coautor, ya que a este se le trata como cómplice el delito especial. Pero el inductor responde en base al delito propio, igual que el intraneus que induce o auxilia en el delito especial propio. Es más, como la pena del inductor en Alemania es la misma del autor, resulta que el inductor extraño responde en igual medida que el intraneus autor en el sentido estricto del delito”.⁷³ Existen 3 posturas al respecto:

⁶⁹ ARTÍCULO 15: “Se consideran autores:

1.º Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa; sea impidiendo o procurando impedir que se evite.

2.º Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.

3.º Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”.

ARTÍCULO 16: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos”.

⁷⁰ CURY, Enrique. Op. Cit., p. 258.

⁷¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor Y Cómplice En Derecho Penal, Madrid, 1966, p. 254.

⁷² Ibid., p. 256.

⁷³ Ibidem.

1. El que induce a un funcionario a realizar un delito especial propio no responde en absoluto.⁷⁴
2. Mezger propone que al inductor extraneus se le castigue como cómplice, ya que en sus palabras “cualquier clase de participación del no cualificado en el delito especial desciende por sí misma a la categoría de simple auxilio... El no cualificado solo puede participar como cómplice en el delito especial”.⁷⁵
3. La mayoría de los autores alemanes estiman que la única opción dogmáticamente defendible es castigar como inductor al extraneus del delito especial propio. Aun así, para ellos no existiría suficiente sustento legal, argumentan que se estaría dando un tratamiento no justificado materialmente al sujeto que no reviste la calidad especial.⁷⁶

b. El extraneus como cómplice.

Es cómplice quien coopera a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos (Art. 16 CP).⁷⁷

b.1. Características subjetivas de la complicidad.

De acuerdo con Garrido Montt, la esencia de la complicidad es la cooperación al hecho ajeno, el cómplice presta al autor una colaboración para que éste alcance su propósito delictivo. Es relevante que el cómplice tenga conocimiento del propósito del autor, ahí está la característica subjetiva principal para que se entienda que alguien es cómplice: “tener conciencia de que el comportamiento que se desarrolla se dirige a implementar la acción de otro y con el objetivo de que éste alcance su propósito”.⁷⁸

⁷⁴ Ibid., p. 257.

⁷⁵ MEZGER, Edmund. “Tratado de Derecho Penal. Tomo II”, 6° edición, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, p. 351.

⁷⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. Cit., p. 258.

⁷⁷ ART. 16: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos”.

⁷⁸ GARRIDO MONTT, Op. Cit., p. 343.

En nuestra legislación existen dos tipos de tratos para los cómplices: para efectos de punibilidad un grupo de ellos es asimilado a los autores. Los demás cómplices son tratados como tales conforme a lo dispuesto en el artículo 16 CP.⁷⁹

Existe un sector de la doctrina en España que plantea la impunidad del cómplice *extraneus* en los delitos especiales. Ya que, según se argumenta por este sector, respecto a los delitos especiales de deber: “hacer responder al cómplice con la pena atenuada prevista para el inductor y cooperador necesario *extraneus* se opone a dos principios fundamentales: el de legalidad y proporcionalidad”.⁸⁰ Sería contrario al principio de legalidad porque el artículo 65.3 no lo menciona expresamente, y contrario al principio de proporcionalidad porque “el inductor, cooperador necesario y cómplice *extraneus* se beneficiarían de una atenuación de pena común, a pesar de que la contribución del hecho del cómplice sería de menor entidad”.⁸¹ Contrario a esta postura se encuentra el autor Gómez Martín y la doctrina mayoritaria española, la cual señala que no existe impedimento alguno para hacer responder a un *extraneus* como partícipe de un delito especial.⁸²

Una decisión a la que la doctrina hispana apunta como problemática, es la de la regulación del artículo 65.3 CP español.⁸³ Este artículo muestra una limitación de la atenuación de la pena al inductor y al cooperador necesario *extraneus*, al indicar que cuando no concurren las condiciones que fundamenten la culpabilidad del autor, se podrá imponer la pena inferior en grado a la señalada en la ley. Además, el tipo en cuestión excluye en su tenor literal lo que sucede con el partícipe *extraneus* que actúa como cómplice. Autores españoles concuerdan en que no existe ningún fundamento para tal exclusión, más allá de la mencionada en el artículo 63 CP Español⁸⁴. Es más,

⁷⁹ CURY, Enrique, Op. Cit., p. 271.

⁸⁰ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Los delitos especiales y el artículo 65.3 del Código Penal Español”, en ROBLES PLANAS. La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad, 2014, p. 211.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem.

⁸³ Artículo 65 N°3 CP Español: “Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”.

⁸⁴ Artículo 63 CP Español: “A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito”.

soluciona la participación del cómplice extraneus de la siguiente forma: le corresponde la atenuación de su pena por, en primer lugar el recién mencionado artículo 63 y además, por la del artículo 65.3, aunque en su tenor literal no sea mencionado el cómplice.⁸⁵ Lo anterior es tratado por el Tribunal Supremo Español, el cual en su sentencia N°841 del 18 de noviembre de 2013, afirma que “es cierto que explícitamente el artículo 65.3 no hace mención a los cómplices, lo que no excluye que se pueda participar en el hecho en tal concepto, sin reunir las condiciones o cualidades personales del sujeto activo. Y siendo así, la aplicación del artículo 63 CP obliga necesariamente a bajar un grado la pena por su condición de cómplice, pero ningún efecto beneficioso se produce por el hecho de no ostentar las condiciones del sujeto activo, por lo que el principio de proporcionalidad de las penas y el de legalidad obligan a no dejar de aplicar una norma favorable precisamente por no ostentar una condición. Cosa distinta sería que se argumentase de otro modo para no ejercer la rebaja facultativa del 65.3 C.P. No aplicándola se equipararía su condición de cómplice a la de inductor o cooperador necesario en las que opera o puede operar la rebaja. La Fiscalía General del Estado en Circular 2/2004 de 22 de diciembre, admitió la doble rebaja, como cómplice y como *extraneus*”.⁸⁶

Lo anterior no es pacífico en la doctrina ni en la jurisprudencia española, en sentencia N°627 del 2016 el Tribunal Supremo rechazó una doble rebaja de la pena para el cómplice extraneus, en autos señala: “Degradación penológica del art. 65.3 y degradación por complicidad son dudosamente acumulables según un importante sector doctrinal. La dicción del art. 65.3 parece clara: alcanza solo al cooperador necesario y al inductor (STS 277/2015, de 3 de junio). No ha sido siempre excluida la doble posibilidad de degradación por la jurisprudencia (art. 63 más art. 65.3)”.⁸⁷

Además, como es señalado en la sentencia, parte de la doctrina tampoco está de acuerdo con la doble rebaja de la pena para el cómplice extraneus, los autores Robles Planas y Riggi señalan que no debiese aplicarse una doble atenuación de la pena en

⁸⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Delito de infracción de deber», en ROBLES PLANAS. La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad, 2014, p. 314

⁸⁶ Sentencia TS español, N°841/2013.

⁸⁷ Sentencia TS español, N°627/2016.

el caso del cómplice *extraneus*, según éstos “la referencia del art. 65.3 CP a los inductores y cooperadores necesarios debe entenderse como mero recordatorio de la necesidad de graduar la responsabilidad en las formas de intervención que sean de menor importancia también en los delitos especiales (aquí llamados delitos de posición). Aquellas que fenomenológicamente aparezcan como de autoría legal (esto es, inducción o cooperación necesaria), deben ser finalmente calificadas como de complicidad si, tras la valoración de todas las circunstancias que determinan la relevancia de las aportaciones, debe llegarse a la conclusión de que aquéllas presentan una menor intensidad. Ciertamente, hacer afirmar al art. 65.3 CP que ‘todo interviniente puede ser considerado cómplice cuando su aportación sea de menor relevancia que la del autor’, no es hacerle afirmar demasiado”.⁸⁸

c. El extraneus como encubridor

En primer lugar, es tendencia en la doctrina no considerar a los encubridores como partícipes en el hecho delictivo, ya que estos intervienen en él cuando éste ya se encuentra consumado. En Alemania e Italia el encubridor se configura en un tipo penal independiente.⁸⁹ En España, existe una doble distinción respecto al encubridor: no es autor ni cómplice del delito. Se limita al auxilio del mismo con la realización de actos posteriores. La doctrina del país se inclina por la supresión del encubrimiento como forma de participación.⁹⁰

Así, nuestra legislación sigue lo trazado por la legislación española (antes de su reforma al Código Penal en 1995) y considera como forma de participación el encubrimiento, definido por el artículo 17 CP.⁹¹ Diversos autores critican la disposición porque

⁸⁸ RIGGI, en ROBLES PLANAS, La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad, 2014, p. 380.

⁸⁹ GARRIDO MONTT, Op. Cit., p. 397.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ ART. 17. “Son encubridores los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes: 1.º Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito.

no implica realmente una forma de participación, a su juicio: “No hay intervención para la materialización o ejecución del hecho, pues se actúa después”.⁹²

En nuestro país, para efectos de determinación del marco penal aplicable, a los encubridores se les castiga con una pena atenuada en dos grados respecto del autor del hecho (artículo 52)⁹³, a excepción de los encubridores comprendidos en los números 3 y 4 del artículo 17.

En España, el autor Gimbernát recoge todas las apreciaciones hechas tanto por autores del país como por autores alemanes y se inclina a postular que el extraneus participe, sea como coautor, inductor, cooperador necesario, encubridor o cómplice, tanto en un delito especial propio e impropio, no puede ser distinta a la postura defendida respecto al parricidio o infanticidio, que es, el extraneus deberá responder en base al delito especial.⁹⁴

2.º Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento.

3.º Albergando, ocultando o proporcionando la fuga del culpable.

4.º Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido, o facilitándoles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrándoles auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven. Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge, de su conviviente civil, o de sus parientes por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, de sus padres o hijos, con la sola excepción de los que se hallaren comprendidos en el número 1º de este artículo”.

⁹² VARGAS PINTO, Tatiana. Op. Cit., p. 275.

⁹³ ART. 52. “A los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado y a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito. Exceptúense de esta regla los encubridores comprendidos en el núm. 3.º del art. 17, en quienes concurra la circunstancia primera del mismo número, a los cuales se impondrá la pena de inhabilitación especial perpetua, si el delincuente encubierto fuere condenado por crimen y la de inhabilitación especial temporal en cualquiera de sus grados, si lo fuere por simple delito. También se exceptúan los encubridores comprendidos en el núm. 4.º del mismo art. 17, a quienes se aplicará la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados”.

⁹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. Cit., p. 292.

Segundo Capítulo. La responsabilidad del extraneus en el delito de administración desleal en el Derecho chileno

Como fue señalado en párrafos precedentes, la introducción del delito de administración desleal en el derecho chileno es más bien reciente, y durante todos los años en que la figura no existió, la doctrina se encargó de subsumir dichas conductas en otros tipos especiales, como lo eran la apropiación indebida, malversación, fraude al fisco, entre otros.⁹⁵ La solución al problema distaba de ser satisfactoria, ya que las sanciones finalmente eran reservadas para determinados casos y solo bajo ciertas condiciones. El año 2005, el profesor Jaime Winter se adelantó a esto, indicando la necesidad de un tipo penal de administración desleal, comentaba: “En Chile, la hipótesis de la apropiación indebida no se puede aplicar, principalmente porque suscribir un contrato perjudicial es una forma de aumentar el pasivo, lo que no constituye una verdadera apropiación”.⁹⁶

1. Autoría en el delito de administración desleal en la doctrina

La utilización de un sujeto no calificado por parte de un sujeto calificado, donde el primero realiza dolosamente la acción típica, da paso a varias problemáticas.⁹⁷ El ejemplo más utilizado en la doctrina es el siguiente: “El funcionario que por medio de un no funcionario hace documentar una constatación falsa. La acción de documentar es realizada dolosamente por quien no puede ser autor y el que induce, titular del deber, no realiza la acción punible”.⁹⁸

En la doctrina española, existe cierto consenso respecto de la pena del sujeto calificado, para efectos del ejemplo anterior, se considera autor mediato, ya que realiza la acción delictiva a través de un sujeto no-calificado que obra con dolo y dominio del

⁹⁵HERNÁNDEZ BASUALTO., Héctor. La administración desleal en el derecho penal chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (XXVI), 2005, p. 245.

⁹⁶ WINTER ETCHEBERRY, Jaime. Op. Cit., p. 83.

⁹⁷ BACIGALUPO SAGESSE, Silvina. Op. Cit. p. 49.

⁹⁸ Ibidem.

hecho, a su vez, el instrumento que ejecuta la acción en forma directa debe ser punible como partícipe, aunque no haya infringido el deber que establece el tipo penal, el cual haría determinante su autoría.⁹⁹

Como ya se ha mencionado en párrafos precedentes, el autor inmediato de un delito es aquella persona que realiza el hecho de propia mano, pudiendo imputársele aquel tanto objetiva como subjetivamente. Respecto del autor mediato, el profesor Claus Roxin se refiere a él como el que hace ejecutar el hecho “mediante otro, cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada”.¹⁰⁰ Asimismo, menciona Roxin, que para efectos de la responsabilidad no hay diferencia entre la autoría mediata e inmediata, ya que los dos cumplen con los determinados requisitos para ser autores “La diferencia radica únicamente en que el *autor inmediato* “realiza la acción típica personalmente”, mientras el *mediato* “hace ejecutar el hecho mediante otro””.¹⁰¹

En Alemania, el delito de administración desleal está tipificado en el artículo § 266 del Código Penal como “Abuso de confianza”¹⁰², y es unánime tanto en la doctrina y jurisprudencia que este corresponde a un delito especial, y que, por tanto, solo es autor, coautor o autor mediato aquel sobre quien pesa el deber de salvaguardar el patrimonio o intereses ajenos. Siguiendo este planteamiento, el que se encuentra obligado por aquel deber siempre responde a título de autor, donde será irrelevante si su aportación a la realización del delito nos indique que estamos solo frente a un partícipe y

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 337.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² § 266. Abuso de confianza

(1) Quien abuse de las facultades que se le otorgan por medio de la ley o por un encargo de autoridad o por el negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro; o quien lesione el deber que le incumbe de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos derivados de la ley o de encargo de autoridad o por negocio jurídico o por una relación fiduciaria, y con ello le inflija desventaja a la persona cuyos intereses él debe cuidar, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

(2) El § 243 inciso 2 y los §§ 247 y 248 a rigen en lo correspondiente.

no un autor. En síntesis, el planteamiento de la doctrina alemana señala que los sujetos que no se encuentran obligados por el deber de custodia patrimonial únicamente podrían ser sindicados como partícipes, ya sea a título de cómplices o inductores.¹⁰³

El artículo equivalente en el ordenamiento español, se encuentra tipificado en el artículo 252 del Código Penal¹⁰⁴. En la doctrina española, los autores Coca Vila y Pastor Muñoz señalan que no comparten el planteamiento anterior, sostienen una diferencia entre los que serían delitos de deber y de posición. ya que se refieren al delito de administración desleal como un “delito de posición”, el cual puede ser realizado por cualquiera que realice la conducta típica “hallándose en una posición de idoneidad relevante para atacar el patrimonio protegido”.¹⁰⁵ Los autores establecen una diferencia entre los delitos especiales de deber y de posición, indicando que en los primeros, la conducta típica se funda en el incumplimiento de un deber concreto, diferenciándose de los segundos en que estos solo recogerían “la forma de ataque idónea, de manera que el delito puede ser cometido por todo sujeto que ostente esa posición concreta y genere el riesgo penalmente prohibido”.¹⁰⁶

2. Responsabilidad del autor del delito de administración desleal en Chile

Como se ha indicado previamente, el delito de administración desleal es un delito especial, donde este carácter se da porque tal delito solo puede ser cometido por un cierto grupo de personas, quienes, como autores del delito, “deben cumplir necesariamente ciertas cualidades o condiciones preestablecidas”.¹⁰⁷ Así, publicado en la ley N°21.121, el 20 de noviembre de 2018, el delito de administración desleal castiga al que, encargado de la gestión de un patrimonio ajeno, abusa de sus facultades o bien

¹⁰³ COCA VILA, Ivó y PASTOR MUÑOZ, Nuria. *El delito de administración desleal*. Barcelona, Editorial Atelier, 2016, p. 171.

¹⁰⁴ ARTÍCULO 252 CÓDIGO PENAL ESPAÑOL:

“1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”.

¹⁰⁵ COCA VILA, Ivó y PASTOR MUÑOZ, Nuria. Op. Cit., p. 171.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit., p. 361.

ejecutando u omitiendo realizar acciones de forma manifiestamente contraria al interés del titular del patrimonio afectado.

En el primer capítulo se abarcaron las diferencias entre los autores y partícipes, a modo de resumen, es relevante indicar que: autor inmediato es “quien realiza materialmente (de propia mano) los presupuestos del tipo penal, siéndole objetiva y subjetivamente imputable el hecho punible”.¹⁰⁸

Politoff, Matus y Ramírez señalan que el autor mediato “da comienzo por sí mismo a la ejecución del hecho y no depende en su punibilidad de la actividad de otro. Para efectos de la tentativa, el autor mediato da comienzo a la ejecución cuando logra el control del instrumento a utilizar, poniendo de este modo en peligro al bien jurídico protegido”.¹⁰⁹

A su vez, en la autoría mediata se realiza otra distinción: autoría mediata mediante instrumento no cualificado y la utilización de un instrumento cualificado por parte de uno no cualificado.¹¹⁰ En el primer caso, no hay duda alguna del castigo al intraneus como autor mediato, por ser quien posee la calidad especial requerida por el tipo. No habría discusión alguna, siguiendo la teoría de los delitos de infracción de deber, el intraneus ha infringido el deber especial, es quien debe responder penalmente, en cambio, el *extraneus* por su parte, quedaría impune.¹¹¹

Respecto a la utilización de un instrumento no cualificado por parte de un cualificado, es donde radica el problema para la doctrina, el cual ya ha sido explicado a lo largo de este trabajo, la posibilidad de comunicar o no al extraneus las circunstancias especiales que definen el tipo. En este delito, quien reviste la calidad especial es quien tiene a cargo la salvaguardia o gestión del patrimonio de otro.

Como se ha mencionado, el delito de administración desleal es un delito especial, el destinatario de esta norma, de alguna forma queda “especificado por su pertenencia

¹⁰⁸ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, 2004, p. 400.

¹⁰⁹ Ibid., p. 405.

¹¹⁰ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. Op. Cit., p. 140.

¹¹¹ Ibid.

a un círculo de individuos que exhiben una determinada cualificación personal, a saber: el estatus relacional de garante”.¹¹²

Como fue mencionado en el capítulo anterior, una parte minoritaria de la doctrina determina al delito de administración desleal como un delito de posición, señalamos nuestra disconformidad con aquel planteamiento. Para el autor Robles, estos delitos son “presuntamente especiales” en los que, a diferencia de aquellos en los que la infracción de un determinado deber es el núcleo de la conducta típica. En estos delitos el legislador tan solo estaría describiendo las normas de ataque idóneas o relevantes a través de la indicación, por razones de técnica legislativa, de la exigencia de que el autor se halle en una posición de idoneidad o de afectación relevante del interés protegido.¹¹³ Así, el delito de administración desleal no sería considerado delito especial, porque, a criterio de este autor, en los delitos de posición rigen las reglas generales sobre intervención, por lo que puede ser cometido por todo aquel que realice la conducta típica. Esta misma postura, es sostenida por los autores Ivo Coca y Nuria Pastor. Agregan estos que el delito de administración desleal contenido en el artículo 252 del Código Penal Español, puede ser cometido por todo aquel que realice una conducta típica hallándose en una posición de idoneidad relevante para atacar el patrimonio, esto es, por todo sujeto que ostente esa posición concreta y genere el riesgo penalmente prohibido.¹¹⁴

No compartimos esta postura, pues tal como menciona el profesor Marcos Contreras, parece una construcción bastante artificiosa. En sus palabras: “Están ignorando el estatus especial exigido por la ley, sancionando como autor a quien no ostenta la calidad, es atentatorio contra el principio de legalidad”.¹¹⁵

El artículo 470 N°11 del Código Penal Chileno indica expresamente que el autor del hecho típico y antijurídico es aquel que tiene a su cargo la salvaguardia o la gestión

¹¹² CONTRERAS ENOS, Marcos: “Intervención delictiva y administración desleal societaria”, Doctrina y Jurisprudencia Penal, N°39, 2019, p. 56.

¹¹³ ROBLES PLANAS, Ricardo. Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales. Editorial Atelier, Barcelona, 2016, p. 129.

¹¹⁴ COCA VILA, Ivó y PASTOR MUÑOZ, Nuria. Op. Cit. p.117.

¹¹⁵ Ibidem, p.57.

del patrimonio de una persona o de alguna parte de este”, claramente no es una simple conducta desplegada la que bastará para sindicar como autor al que tenga el dominio del hecho. Si no es quien tiene el deber de salvaguarda, simplemente no puede ser considerado autor, solo será partícipe.

El problema al que se busca dar solución en este trabajo es determinar si cabe o no responsabilizar al extraneus en el delito de administración desleal. Ya se ha hablado de la distinción de delitos especiales propios e impropios, se ha realizado una distinción entre los autores inmediatos y mediatos, y dentro de estos últimos, la distinción entre el sujeto cualificado y el no cualificado y la utilización que pueda hacerse entre estos para cometer el ilícito. Lo que nos acercará a una respuesta, será referirse detenidamente a la comunicabilidad.

El principio de la comunicabilidad ha sido debatido ampliamente, busca responder a la pregunta de si se extienden o no las características personales y los elementos subjetivos del tipo que estén comprendidos en un determinado delito.¹¹⁶

3. Comunicabilidad de la calidad especial del sujeto activo en la doctrina nacional

El Código Penal chileno no muestra una solución clara respecto a la comunicabilidad o incomunicabilidad de la calidad especial del sujeto que comete el delito. El autor Héctor Hernández ha mencionado esta problemática, donde diversos autores han separado este tema en tres categorías, encaminando la discusión a si es posible o no castigar a aquellos partícipes que carecen de la calidad especial requerida por el tipo penal. Estas son la comunicabilidad absoluta, comunicabilidad relativa e incomunicabilidad absoluta.¹¹⁷

La comunicabilidad absoluta es dominante en la jurisprudencia, tratándose de la mayoría de los delitos especiales, sobre todo en delitos funcionarios, donde destaca el principio de la “indivisibilidad del título”, donde “los partícipes deben responder de

¹¹⁶ GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal Parte General. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 330.

¹¹⁷ HERNÁNDEZ, Héctor. COUSO, Jaime. Código Penal Comentado Parte General. Libro primero (arts. 1º a 105). Doctrina y jurisprudencia. Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2011, p. 372.

igual forma a la que responde el autor del delito, siempre y cuando los primeros hayan estado al tanto de la concurrencia de la circunstancia personal, aunque esta no concurra en ellos”.¹¹⁸ Siguiendo con esta línea, el profesor Balmaceda Hoyos afirma que “Esta tesis plantea que el *problema de la comunicabilidad* debe ser resuelto de forma afirmativa en todos los casos -delitos especiales *propios* e *impropios*, por lo cual el *extraneus* siempre responderá por el delito especial aplicable, ya sea a título de autor o de mero partícipe, según cual haya sido su aportación al hecho delictivo”.¹¹⁹

El segundo caso, la comunicabilidad relativa, es dominante en la doctrina y es admitido parcialmente por la jurisprudencia, en particular respecto al delito de parricidio. Donde debe distinguirse, como se ha mencionado en el capítulo precedente, entre delitos especiales propios e impropios. Según esta postura, “en los delitos especiales impropios rige el principio de la incomunicabilidad, esto es, solo el *intraneus* puede ser responsable por el delito especial, en tanto que el *extraneus* solo responde por el delito común aplicable. En cambio, en los delitos especiales propios, rige la comunicabilidad, de modo que los *extraneus* también responden por el delito especial”.¹²⁰

Es relevante destacar que existen críticas respecto de esta tesis, Balmaceda Hoyos indica que si bien esta postura previene la impunidad del *extraneus* que comete un delito especial propio, posee dos inconsistencias: en primer lugar, “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 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 impropios*)”.¹²¹

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ BALMACEDA HOYOS, Gustavo. Comunicabilidad de la calidad de 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 (Coquimbo), 19(2), 2012, p. 59.

¹²⁰ HERNÁNDEZ, Héctor. COUSO, Jaime., Op. Cit., p. 374.

¹²¹ BALMACEDA HOYOS, Gustavo. Op. Cit. p. 66.

La tercera y última posición, es la incomunicabilidad absoluta, no tiene representación alguna en la jurisprudencia, pero es de cierta aceptación en la doctrina¹²², indica que en tanto no exista una norma expresa al respecto, “las calidades personales nunca se pueden comunicar al 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 propios”.¹²³

El profesor Enrique Cury defendió esta tesis –luego optó por la tesis de la comunicabilidad relativa-, los argumentos vertidos para defender su postura se inclinaban por asegurar que los participantes deben ser castigados según “la naturaleza del injusto que han cometido”.¹²⁴ Lo anterior relacionado con que no es razonable sancionar a título de autor a un partícipe, por el disvalor de la conducta. Además, como argumento contrario a algún tipo de comunicabilidad, se encuentra la circunstancia de que existan casos particulares donde la ley se hace cargo de castigar al extraneus, lo que nos hace pensar que esta no sería la regla general.¹²⁵

a. Comunicabilidad de las circunstancias del artículo 64 CP

El artículo 64 del Código Penal destaca la incomunicabilidad de las circunstancias tanto atenuantes como agravantes personales.¹²⁶

De acuerdo con el profesor Hernández Basualto, tanto la teoría de la comunicabilidad relativa como la incomunicabilidad encuentran sustento legal en inciso primero del artículo 64. Este inciso se encarga de destacar la incomunicabilidad de las circuns-

¹²² VAN WEEZEL, Alex. Delitos tributarios, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 2007, p. 114-117.

¹²³ Ibid., p. 378.

¹²⁴ CURY URZÚA, Op. Cit., p. 232.

¹²⁵ HERNÁNDEZ, Héctor. COUSO, Jaime., Op. Cit., p. 379.

¹²⁶ Art. 64 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. 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 tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”.

tancias agravantes y atenuantes. Pero hace una aprehensión al respecto: “por “atenuantes” o “agravantes” no debían entenderse solo aquellas designadas por ese carácter (fundamentalmente en los artículos 11 a 13 CP), sino también los elementos del tipo que tuvieran el efecto de aumentar o disminuir la pena”.¹²⁷

Si bien Hernández entiende la posición del profesor Cury (quien en su momento defendió la incomunicabilidad), es contrario a la misma, pero explica “Si la ley ha querido categóricamente que no se comuniquen las circunstancias personales que atenúan o agravan la penalidad, no se aprecia por qué habría de querer algo distinto respecto de aquellas circunstancias típicas que constituyen el injusto”.¹²⁸

b. Propuestas de solución de aceptarse la comunicabilidad en la doctrina chilena (en algún grado)¹²⁹

El profesor Balmaceda Hoyos responde a la crítica que abunda en la doctrina respecto a qué sucede con la figura del *extraneus*, cuando se busca sancionar a un sujeto que no reviste de las características para ser considerado el autor del delito, en este sentido, el problema de mirar al *extraneus* como un igual al *intraneus* para efectos de la pena. Entrega una suerte de propuestas para solucionar la problemática existente en la doctrina de nuestro país respecto de la comunicabilidad, estas se dividen en dos grandes grupos: las de lege lata y lege ferenda.

b.1. Lege lata

b.1.1. Aplicación del artículo 69 del Código Penal.

¹²⁷ HERNÁNDEZ, Héctor. COUSO, Jaime. Op. Cit., p. 378.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ BALMACEDA HOYOS, Gustavo. Op. Cit., p. 70.

La primera alternativa que puede acercarnos a una posible solución es defendida por Grisolí. El autor plantea que nos debemos enfocar en el sistema general de agravantes y atenuantes, además de aplicar el artículo 69 CP¹³⁰. Una vez que se toman en cuenta todos estos elementos, el juez debe tener claro que existe 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".¹³¹

Balmaceda comparte, en cierta medida, la solución entregada por Grisolí, ya que permite que el juez sancione con una pena menor al *extraneus*, quien, como se ha mencionado antes, es aquel que no reviste las características determinadas por el tipo para ser autor, pero a la vez enfrenta un problema: vulnera el principio de legalidad. Si bien el juez puede aplicar una pena menor al *extraneus*, considerando las circunstancias, no sería correcto que se fundamente a partir de este artículo, y es por algo bastante esencial: "En concordancia con el artículo 50 del Código Penal, la pena asignada por ley al delito es para el autor del delito consumado. 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".¹³²

b.1.2. Aplicación de las normas de participación en sentido estricto.

El autor Schepeler¹³³ señala que efectivamente el *extraneus* debe responder por el mismo delito especial que se le imputa al *intraneus*, pero siempre y cuando sea como partícipe (sea este cómplice, inductor o instigador), en sentido estricto.¹³⁴ La sanción al *extraneus* seguirá la suerte de lo indicado en los artículos 51 y siguientes del Código Penal, a menos que exista una regla especial que castigue expresamente al sujeto no cualificado. Pero a la vez se hace cargo de un problema que subyace a su planteamiento: los *extraneus* cómplices y encubridores serían sancionados con una penal

¹³⁰ Artículo 69 CP: "Dentro de los límites de cada grado 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".

¹³¹ GRISOLÍA CORBATÓN, Francisco. Op. Cit., p. 40. Citado en BALMACEDA HOYOS, Gustavo. Op. Cit., p. 70.

¹³² BALMACEDA HOYOS, Gustavo. Op. Cit., p. 71.

¹³³ SCHEPELER, Enrique (1953). "Comunicabilidad y Parricidio". Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (Santiago de Chile), T. L, N°1, p. 100. Citado en BALMACEDA HOYOS, Gustavo. Op. Cit., p. 71.

¹³⁴ BALMACEDA HOYOS, Gustavo. Op. Cit., p. 71.

mayor a la del coautor, ya que se les castigaría en razón del delito especial y no del delito común. En esta línea, señala: “es una 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)”.¹³⁵

Cury comparte la idea de la participación en sentido estricto.¹³⁶ Pero realiza una diferencia, respecto de los delitos especiales impropios, indica que el sujeto será castigado de acuerdo al delito común, y no se le imputará de ninguna forma el delito especial, y respecto a los delitos especiales propios señala: “ 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”.¹³⁷

b.1.3. Recurso a la teoría de los delitos de infracción de deber

Los autores que defienden la tesis de los delitos de infracción de deber no están de acuerdo con que este pueda ser sancionado a título de autor, simplemente por no tener la condición especial requerida por el tipo penal.¹³⁸

Lo anterior no obsta a que pueda ser, de igual forma, sancionado a título de partícipe en sentido estricto.

b.2. Lege ferenda

b.2.1. Inclusión de una norma especial de autoría

¹³⁵ SCHEPELER, Enrique. Op. Cit. p.100. En BALMACEDA HOYOS, Gustavo. Op. Cit., p.71.

¹³⁶ CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal Parte General*, 7ª Ed. Santiago de Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005, p. 643, citado en BALMACEDA HOYOS, Op. Cit. p. 72.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ ROXIN, Claus. “Autoría y dominio del hecho en derecho penal”. Traducción por Joaquín Cuello Contreras, Editorial Marcial Pons, 2016, p. 385 y ss.

“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) o el facultativo (sistema español)”.¹³⁹

En la doctrina chilena, Magdalena Ossandón y Rodríguez Collao, manifestaban la necesidad de incluir una regla al ordenamiento nacional sobre punición del partícipe extraneus.

b.2.2. Inclusión de tipos penales específicos

La última posible solución que entrega el profesor Balmaceda a la comunicabilidad de las circunstancias es la de incluir a nuestro ordenamiento, tipos penales específicos que castiguen a lo que sería el posible “determinado círculo de autores”, y ejemplifica con la solución entregada por el artículo 250 CP¹⁴⁰.

Así, el profesor señala: “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)”.¹⁴¹ Pero a la vez subyace otro problema: la magnitud de lo que significaría estudiar delito a delito y en cuáles de ellos existiría un grupo determinado de posibles autores, para así llegar a la creación del tipo penal que efectivamente se encargue de castigar al extraneus.¹⁴²

¹³⁹ BALMACEDA HOYOS, Gustavo. Op. Cit., p. 73.

¹⁴⁰ Art. 250 CP “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”.

¹⁴¹ BALMACEDA HOYOS, Gustavo. Op. Cit., p. 75.

¹⁴² Ibid.

4. El extraneus en el delito tributario

Dentro de los tipos penales específicos, que se refieren directamente al castigo del extraneus, se encuentran ciertos delitos regulados en el Código Tributario, dónde, en su mayoría se trata de delitos con sujeto activo cualificado y la comunicabilidad de las circunstancias vuelve a encerrar una problemática.

El profesor Etcheverry y gran parte de la jurisprudencia se inclinan por la siguiente solución:

Tratándose de delitos especiales propios, se aplicaría la única figura delictiva que existe en consideración. Existen dos ventajas al respecto: existe cierta armonía respecto a una aplicación analógica del artículo 64 CP y previene “lagunas de punibilidad”. Y es a la vez un problema, ya que la mal llamada “solución” permite castigar al extraneus a niveles tan drásticos como se castigaría al autor, planteamiento que ya hemos señalado como indeseable.¹⁴³

En palabras de Van Weezel, la posibilidad de introducir una solución como la del artículo 64 del Código Penal terminaría castigando al extraneus de forma más intensa que en los casos en los que la cualificación personal constituye solo una circunstancia agravante. “La 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 público que malversa fondos a su cargo”.¹⁴⁴

El extraneus en delitos concursales

Nuestro Código Penal se refiere al castigo del extraneus a propósito de ciertos delitos concursales, en particular, se encuentra regulado en el artículo 464 ter, el cual versa lo siguiente: “El que, sin tener la calidad de deudor, veedor, liquidador, o de aquellos

¹⁴³ VAN WEEZEL, Alex. Delitos tributarios, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 2007, p.115.

¹⁴⁴ Ibidem.

a los que se refiere el artículo 463 quáter, incurra en alguno de los delitos previstos en este Párrafo, valiéndose de un sujeto que sí tenga esa calidad, será castigado como autor del delito respectivo”.

Así, a propósito de los delitos concursales, podemos ver que la legislación prescinde de la cualidad especial que es necesaria para castigar al *extraneus* y lo sanciona como autor del delito, siendo contrario a la mayoría de la doctrina¹⁴⁵, indicando que el *extraneus* sí puede ser autor mediato del delito.

Así mismo, el día miércoles 15 de enero de 2020 fue ingresado un proyecto de ley que sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente, modifica diversos cuerpos legales que tipifican delitos contra el orden socioeconómico, y adecua las penas aplicables a todos ellos. Buscando, entre otras cosas, dar solución a la inquietud y repudio generalizado en la sociedad chilena que producen los delitos económicos y la débil regulación penal que los sanciona. Además, el proyecto busca la modificación del Código Penal en varios de sus artículos.¹⁴⁶

La importancia de este proyecto de ley para este trabajo, radica esencialmente en el nuevo inciso segundo del artículo 464 ter, el cual sustituye el actual de forma clave: “Del mismo modo será castigado el que sin tener la calidad antedicha perpetrare alguno de los hechos señalados en el inciso anterior actuando con el consentimiento de quien tiene esa calidad o en su beneficio”.

De acuerdo con este proyecto, el tercero que no reviste la calidad especial requerida por el tipo, que ha cometido el ilícito de administración desleal, sin ser el sujeto al que el tipo apunta castigar, puede ser responsable penalmente por el hecho, siempre y cuando, y tal como el nuevo artículo lo indica, este *extraneus* haya actuado con el consentimiento de quien tiene la calidad antedicha o en su beneficio.

¹⁴⁵ En este sentido: VARGAS PINTO, Tatiana. Op. Cit. p.281.

¹⁴⁶ SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY REFUNDIDO QUE SISTEMATIZA LOS DELITOS ECONÓMICOS Y ATENTADOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE, MODIFICA DIVERSOS CUERPOS LEGALES QUE TIPIFICAN DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIO-ECONÓMICO, Y ADECUA LAS PENAS APLICABLES A TODOS ELLOS, Boletín N°13.205-07 y 13.204-07, 15 de junio de 2021.

Esto sin duda entrega algunas luces respecto al cómo castigar al extraneus. Si bien la doctrina en este sentido es escasa, en su mayoría sostienen que el extraneus debe ser castigado con una pena más baja que el autor, entregando el fundamento principal del problema, que es el simplemente no tener la calidad especial.

El proyecto de ley solo introduce esta modificación, en la misma forma y mismas palabras en las que se han señalado aquí, por ende, de la frase “será castigado del mismo modo” nos invita a creer que será castigado como autor, lo que, como se ha indicado previamente, trae una suerte de problemas al principio de legalidad. Destacando además que, como se indicó anteriormente, en nuestro ordenamiento no se da solución a estas diferencias, y tampoco permite que se apliquen atenuantes analógicas, como sí sucede en España y Alemania. En este tipo de delitos, o se opta por la impunidad de este *extraneus* o se le castiga de igual forma que el autor, esta última idea sostenida por el principio de unidad en el título de imputación.¹⁴⁷

El proyecto, que a marzo de 2022, se encuentra en segundo trámite constitucional, introduce una serie de reformas que habían sido materia de estudio durante años, muchas de ellas recogidas por diversos anteproyectos de Código Penal de estos últimos 10 años, y plasma diferentes normas y modificaciones que van a permitir al sistema judicial tener mejores herramientas para combatir los delitos económicos, sean estos ejecutados por personas naturales o por personas jurídicas, siendo muy relevante destacar, a propósito de estas últimas, el aumento de su responsabilidad penal, lo que hace años venía siendo altamente cuestionado, ya que la ley 20.393, si bien marcó un precedente, no era suficiente en la materia.

5. Toma de postura: aproximaciones a la forma de castigar al extraneus en el delito de administración desleal del art. 470 N°11 CP.

El extraneus debe tener una sanción correspondiente al delito cometido. Teniendo en consideración lo que la doctrina ha expresado en torno al círculo de autores de delitos especiales, la necesidad de una minuciosa reducción del mismo, la comunicabilidad

¹⁴⁷ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Op. Cit., p. 128.

de las circunstancias y desde luego, el centro de esta investigación, el delito de administración desleal y la responsabilidad del extraneus en este, es que destaca la necesidad de comunicar la calidad especial del sujeto activo al extraneus.

La sanción al extraneus, teniendo en cuenta los requisitos necesarios para castigarlo, parece algo difícil de lograr. La ley, al exigir la calidad de sujeto especial limita el círculo de autores, en consecuencia, castigar al extraneus sería poner en jaque el principio de legalidad, ya que sobre este no pesa el deber especial requerido, pero al mismo tiempo es cuestionable y un tanto difícil de fundamentar el apelar a la impunidad del mismo, simplemente por no revestir la calidad antes mencionada.

Comparto la opinión de los profesores Ossandón Widow y Rodríguez Collao¹⁴⁸, en tanto la solución (momentánea) al problema señalado, estaría dada por la forma amplia en la que está escrito el artículo 15 CP¹⁴⁹, que señala a quién se considera autor, en particular en el segundo numeral: “los que fuerzan a otro a ejecutarlo”. Los profesores hacen el alcance sobre “no permitir ampliar el concepto doctrinal de autoría mediata hasta el extremo de incluir en ella al extraneus, porque vulneraría el principio de legalidad”.¹⁵⁰ Así, se logra castigar al extraneus que “emplee fuerza intimidatoria, haga nacer un error en el otro, etc., para cometer el hecho”.¹⁵¹ Por lo que, en este caso, el extraneus sí podría ser sindicado como autor en un delito especial propio. Esta es una posible primera solución a las opciones de castigo al tercero extraño del delito de administración desleal, pero también es insuficiente, toda vez que ampliar el concepto de autoría, aunque se entienda que no busca incluir en él al extraneus, puede quedar abierto a interpretación cuando se esté juzgando. Puede colisionar con el principio de legalidad (como ya mencionábamos), y terminar causando la impunidad del extraneus por medio del sistema recursivo.

¹⁴⁸ Ibid., p. 143.

¹⁴⁹ Art. 15 CP. Se consideran autores:

1°. Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.

2°. Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.

3°. Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

¹⁵⁰ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Op. Cit., p. 143.

¹⁵¹ Ibid.

Como se indicó en un subcapítulo anterior, una parte minoritaria de la doctrina considera que es aceptable considerar que el extraneus no puede ser culpable de ningún delito, simplemente por no tener la calidad requerida por el tipo y porque su conducta no se encuentra tipificada. No parece una opción viable, toda vez que uno de los fundamentos del derecho penal es regular ciertas conductas que puedan producir un daño social o un peligro para la comunidad.¹⁵²

De igual forma, es necesario mencionar que es consenso en la doctrina que solo puede ser autor el sujeto especialmente obligado, y en cuanto al extraneus, se sostiene que solo puede ser castigado como partícipe, lo que conduce nuevamente a la posibilidad del extraneus de ser considerado partícipe, aunque no revista la cualidad especial: “En este contexto, los que afirman la comunicabilidad parecen sugerir un trato más benigno para el que no está especialmente obligado, pero lo cierto es que en la medida en que no se excluya convincentemente la aplicación del artículo 15, en la mayoría de los casos no será posible asegurar ese resultado”.¹⁵³

Por lo tanto, en el delito de administración desleal, como delito especial propio, y, teniendo en cuenta las distintas teorías sobre la comunicabilidad, se considera que la comunicabilidad relativa es la posición óptima, siendo dominante en la doctrina y en parte por la jurisprudencia, por lo que rige para el extraneus la regla de la comunicabilidad, esto quiere decir que este también responde como partícipe por el delito especial propio.

Así, es necesario indicar que la jurisprudencia en nuestro país acostumbra a fallar la comunicabilidad de las circunstancias sin restricciones (fuera del ámbito del parricidio). Además, los fallos, en materias de diversa índole, no tienen un marco distinto cuando se trata de delitos especiales propios.¹⁵⁴ Esto debido a la escasa regulación en la materia.

De todas formas, es cuestionable que no se deba justificar la calidad especial de los intervinientes, pero estos son problemas doctrinarios, que la jurisprudencia ha omitido

¹⁵² LABATUT GLENA, Gustavo. Derecho Penal Parte General, 6ª edición, Santiago, 1972, p. 5.

¹⁵³ HERNÁNDEZ, Héctor. COUSO, Jaime. Op. Cit., p. 387.

¹⁵⁴ Ibid., p. 376.

al fallar: En un caso de negociación incompatible, previsto en el artículo 240 CP, se castigó como cómplices a personas que no revestían la calidad especial de empleado público. La defensa apeló la comunicabilidad, la Corte argumentó: “se comunica a todos los partícipes, porque es el único título posible, y el extraneus, no puede ser coautor ejecutor, pero sí puede ser inductor o cómplice. ... En el caso de la negociación incompatible, el tipo no puede subsistir bajo otra forma o título. La infracción es de la esencia de la actividad del funcionario público. La figura no requiere beneficio ni perjuicio, es un delito formal. De acuerdo con lo visto, se comunicaría a los demás participantes si estos han actuado con dolo, y pudiendo ser cómplices o inductores”.¹⁵⁵

Así, en el delito de administración desleal no es opción dividir el título, a diferencia de los delitos especiales impropios, donde si falta aquella calidad especial, existe otro delito un tipo común, no así en los especiales, porque no existe un delito igual.¹⁵⁶ De tal forma, es necesario afirmar que las calidades se comunicarían a los partícipes y los autores, sancionarlos por sus propias conductas. Etcheverry, y en general la mayoría de la doctrina defienden la tesis de la comunicabilidad relativa, haciendo énfasis en la distinción de los delitos especiales antes mencionada.¹⁵⁷

Ahora, estas soluciones, como se adelantó, vienen a ser “parches”, ya que el problema de fondo no ha sido solucionado por el derecho: se necesita una regulación legal en este ámbito, es aquí donde las regulaciones ya existentes en materia de castigo al extraneus, como son las normas de delitos tributarios y concursales ya mencionadas en párrafos precedentes, entregan, en cierta medida, lineamientos que permitirían fundamentar la responsabilidad del *extraneus* en estos momentos, donde no existe una regla general.

Sin embargo, es un tema que ha dado mucho que hablar en la doctrina, y si bien hay autores que han mencionado posibles propuestas, como fue citado previamente el profesor Balmaceda, no llega a ser una solución óptima al problema del castigo al extraneus, ya que las soluciones que ha dado la legislación se encargan de solucionar

¹⁵⁵ CA Santiago – Causa Rol N°35897-2005.

¹⁵⁶ VARGAS PINTO, Tatiana. Op. Cit., p. 281.

¹⁵⁷ Ibidem.

determinados problemas en delitos específicos. Se necesita la introducción de una regla especial a nuestro ordenamiento, que se encargue de aclarar a qué título será correcto castigar a los extraneus en los delitos especiales propios, y así surgen diversas interrogantes: ¿qué va a ocurrir con que no tengan la calidad especial?, ¿se les sancionará a todos a título de autores?, ¿solo serán partícipes del delito?, ¿se creará un artículo que enumere ciertas características que deben concurrir en la relación entre el intraneus y el extraneus para que este último sea castigado?

Las interrogantes indicadas en el párrafo precedente permanecen, y deben ser discutidas cuidadosamente, para luego no enfrentar problemas de inaplicabilidad y que deje la situación respecto al *extraneus* en el mismo lugar en el que se encuentra actualmente.

Varios juristas chilenos han hecho hincapié en varios puntos de este nuevo proyecto que parecen problemáticos, algunos llegando a vulnerar hasta el debido proceso, por lo que es necesaria una revisión más profunda del mismo.¹⁵⁸ Obviamente se espera que llegue a buen puerto, dando paso a la creación de un tipo penal específico que se encargue de sancionar al tercero que se ve involucrado en este tipo de delitos de forma precisa y que no permita dar paso a ambigüedades que finalmente hagan que la norma, que se creía era la solución al problema, no pueda ser utilizada por un error de precisión que es completamente evitable.

¹⁵⁸ Así, ALDONEY RAMÍREZ, Rodrigo. En: "Conversatorio acerca del Proyecto de Ley sobre Delitos Económicos (Boletín N°13.205-07): Una Conversación sobre la Política Criminal y las Ideas Regulativas del Proyecto" (27 de abril, 2021) (<http://derecho.uc.cl/es/noticias/28493-expertos-realizaron-un-completo-analisis-al-proyecto-de-ley-sobre-delitos-economicos>)

CONCLUSIÓN

El objetivo de este trabajo de investigación es la figura base del delito de administración desleal, previsto en el artículo 470 número 11 del Código Penal. En particular, se buscó dilucidar qué es lo que sucede con la figura del extraneus en el tipo del Código Penal Chileno.

Para esto, el trabajo se dividió en dos partes, en la primera de estas, se realizó un estudio sobre la doctrina existente respecto a la autoría y participación, tanto en Chile como en Alemania y España, en el segundo capítulo se abordó el tema en torno a como responsabilizar al extraneus en el delito de administración desleal, entendiendo este delito como especial propio, donde el círculo de autores está determinado por un deber que alcanza a ciertos individuos.

Así, se puntualizaron los problemas existentes en la doctrina respecto a las diferencias entre los delitos especiales propios e impropios, el extraneus como inductor, cómplice o encubridor, el castigo al extraneus teniendo en cuenta la calidad especial requerida por el tipo y las teorías de comunicabilidad de tal calidad especial, incluyendo además un nuevo proyecto de ley que se encuentra en tramitación, el cual parece entregar luces sobre cómo enfrentar este problema.

A modo de conclusión, es necesario señalar que, si bien pueden existir críticas al respecto, la introducción de la ley 21.121 y en especial, del delito de administración desleal es sin duda un avance en materia penal.

Dentro de esa misma ley, se realizan modificaciones a los delitos de cohecho y soborno, se aumentan las penas, multas y prescripción, modifica la ley de responsabilidad de las personas jurídicas e introduce los delitos de corrupción entre particulares

y administración desleal, siendo este último el que se aborda en esta investigación, nos permite dar cuenta de ciertos avances para luchar contra la impunidad de delitos, que, como es de público conocimiento, cada vez son más comunes.

Efectivamente, no se trata de estar de acuerdo con una ley por una convicción ideológica, sino que va más allá. Como se dice, “el derecho es siempre tardío” porque responde a distintos fenómenos sociales que se manifiestan periódicamente, y que, en este caso, buscan castigar a aquellos que usan su poder para causar daños económicos, y como hemos visto en Chile, la existencia de múltiples casos en que deja mucho que desear la pena que es asignada a este tipo de delitos.

Existe un descontento y una sensación de injusticia, es claro, y no se acabará un día a otro, pero el derecho penal sin duda puede contribuir a calmar esa sensación, y es un trabajo que debe ser continuado y profundizado por los futuros abogados de Chile, quienes tenemos la responsabilidad de estar al tanto del contexto social, político y económico en el que actualmente vivimos y mostrarnos proactivos respecto a la búsqueda de soluciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO, VÁSQUEZ Manuel. *Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber*, Revista Penal N°14, julio 2004, pp. 3-23.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima Perú: Grijley, 2014.
- BACIGALUPO SAGESSE, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Editorial Marcial Pons, 2007.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Compliance y Derecho penal*. Editorial Cizur Menor Navarra: Aranzadi: Thomson Reuters, Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa, 2011.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "*Derecho Penal. Parte General*", Editorial Ara Editores, 2004
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo. *Comunicabilidad de la calidad de 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 (Coquimbo), 19(2), 2012, 45-81.
- CARO JOHN, Antonio. *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*. Anuario de Derecho Penal, Asociación Peruana de Derecho Penal, 2003 [en línea] [consulta: 19-04-2019].
- CARO JOHN, Antonio. *Sobre la autoría en el delito de infracción de deber*, Derecho Penal y Criminología, N°80, Vol. 27, 2006, [en línea] [consulta 05-04-2019].
- COCA VILA, Ivó y PASTOR MUÑOZ, Nuria. *El delito de administración desleal*. Barcelona: Atelier, 2016.

- CONTRERAS ENOS, Marcos: "*Intervención delictiva y administración desleal societaria*", Doctrina y Jurisprudencia Penal, N°39, 2019, pp.51-83.
- CURY URZÚA, Enrique. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. "*Comentario a los artículos 14 a 17 del código penal*". En POLITOFF, Sergio. ORTIZ, Luis. MATUS, Jean Pierre (editores). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Jurídica, Santiago, 1992.
- CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal Parte General*, 7ª Ed. Santiago de Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.
- CURY URZÚA, Enrique. "*Orientación para el estudio de la teoría del delito*". Santiago, Editorial Nueva Universidad, Universidad Católica de Chile, 1973, p. 259.
- ETCHEVERRY, Alfredo. *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, 3º Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria, con especial referencia a las organizaciones empresariales*, en Miguel BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007, pp. 113 y ss.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos*. En: InDret, Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, 2009.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Límites de la Participación Criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en el derecho penal?*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2001
- GAETE ROJAS, Sergio. *La comunicabilidad en torno a los elementos del delito*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales*. La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú Anuario de Derecho Penal, 2009.

- GARRIDO MONTT, Mario, *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal Parte General. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor Y Cómplice En Derecho Penal*, Madrid, 1966.
- GRISOLÍA CORBATÓN, Francisco (1975). *La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude*. Revista de Ciencias Penales (Santiago, Chile), 3ª época, N°1, T. XXXIV, pp. 3-47
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *La administración desleal en el derecho penal chileno*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (XXVI): 201-258, 2005.
- HERNÁNDEZ, Héctor. COUSO, Jaime. *Código Penal Comentado Parte General. Libro primero (arts. 1º a 105). Doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2011.
- LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal Parte General*, 6ª edición, Santiago, 1972
- MAÑALICH, Juan Pablo. *La estructura de la autoría mediata*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXXIV, 2010.
- MAÑALICH, Juan Pablo. *La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales*, Política Criminal, vol. 7, N°14, 2012.
- MAÑALICH, Juan Pablo. *Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas*, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 21, N°2, 2014.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria*, en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, 2007, pp. 73 y ss.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*, Editorial Reppetor, Barcelona, 2002.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso De Derecho Penal Chileno*. 2º Edición. Santiago, Editorial ConoSur, 1985.

- PARDOW LORENZO, Diego. *La parábola del administrador infiel. Un estudio sobre los conflictos de intereses y el deber de lealtad*. En: Estudios de Derecho Civil 3. Ed. Legal Publishing. Universidad Católica de Valparaíso, 2008, pp. 567-582.
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, 2004.
- REBOLLO VARGAS, Rafael. *Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LIII, 2000.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Editorial Atelier, Barcelona, 2016.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. "La participación en el delito: fundamento y límites", Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. *La responsabilidad en los "delitos especiales"*. El debate doctrinal en la actualidad, 2014.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *Delitos Contra La Función Pública*. 3°. Edición Actualizada, Santiago, Editorial Jurídica De Chile, 2021.
- ROXIN, Claus. "Autoría y dominio del hecho en derecho penal". Traducción por Joaquín Cuello Contreras, Editorial Marcial Pons, 2016.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles. "El fundamento de la atenuación (facultativa) de la pena del partícipe extraneus en un delito especial en el Código penal español". Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N°3, 2018.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLEZ, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid, Marcial Pons, 2002.
- 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.
- VARGAS PINTO, Tatiana. *Manual De Derecho Penal Práctico: Teoría Del Delito Con Casos*. 2° Edición, Santiago, Editorial Abeledo Perrot Legal, 2011.

- VAN WEEZEL, Alex. *Delitos Tributarios*. Santiago, 1º Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- VON BELING, Ernst. *Die Lehre vom Verbrechen*, Editorial Keip Verlag, 1906.
- WINTER ETCHEVERRY, Jaime. *Derecho penal e impunidad empresarial en Chile*. Revista de Estudios de la Justicia, N°19 2013, pp. 91-125.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia TS español, N°841/2013.
- Sentencia TS español, N°627/2016.