



**Universidad de Chile**

**Facultad de Derecho**

**Departamento de Ciencias Penales**

**“La comunicabilidad de la calidad de sujeto activo al *extraneus* en el delito de fraude al fisco”**

**Profesor: Lautaro Contreras Chaimovich**

**Autor: Alonso Cádiz Pérez**

**Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

## Resumen

El presente trabajo de investigación tiene como objeto el delito de fraude al fisco contenido en el artículo 239 del Código Penal, el cual se encuentra enmarcado precisamente en la categoría de delitos especiales. En relación a dicha circunstancia, el objetivo es analizar sobre el problema de la punibilidad para aquel *extraneus* partícipe que no posea la calidad especial de funcionario público en el mencionado tipo penal. Esta última cuestión se encuentra íntimamente relacionada al problema de la comunicabilidad de calidad especial del sujeto activo contenida en los delitos especiales, y en donde nuestra doctrina ha señalado diversas hipótesis en las que se permite o no dicha comunicación. Por tanto, la presente memoria desarrolla la posibilidad de una eventual comunicación de dicha calidad especial hacia el *extraneus* en el delito de fraude al fisco, a la luz de las distintas teorías de la comunicabilidad que ha desarrollado nuestra doctrina y en el que se revisa si pueden ser eventualmente aplicables para el delito objeto de estudio.

# Índice

<b>1. Introducción</b> .....	5
<b>2. Características generales del delito de fraude al fisco</b> .....	9
I. Bien jurídico protegido.....	10
II. Tipo objetivo.....	13
a) Sujeto activo .....	14
b) Sujeto pasivo .....	16
c) Conducta típica.....	17
d) Tipo subjetivo.....	19
<b>3. Delitos especiales</b> .....	20
I. Consideraciones preliminares .....	20
II. Delitos especiales propios.....	22
III. Delitos especiales impropios .....	23
IV. El delito de fraude al fisco como delito especial .....	25
a) El fraude al fisco como delito especial impropio (fraude al fisco y estafa).....	25
b) El fraude al fisco como delito especial impropio (fraude al fisco y administración desleal) .....	27
V. Delitos de infracción de deber y fraude al fisco.....	28
<b>4. Comunicabilidad al extraneus</b> .....	32
I. Consideraciones preliminares .....	32
II. Comunicabilidad extrema.....	34
III. Incomunicabilidad limitada .....	36
IV. Incomunicabilidad extrema.....	41

V. Toma de postura.....	44
<b>5. Conclusiones.....</b>	<b>48</b>
<b>6. Bibliografía.....</b>	<b>52</b>

## 1. Introducción

Podría considerarse al caso MOP GATE como uno de los mayores escándalos políticos-financieros de las últimas décadas en nuestro país. Dicho suceso de corrupción, que causó un perjuicio al patrimonio fiscal ascendente a un monto de \$799.142.217, relacionado al pago de sobresueldos y de consultorías inexistentes, trajo enormes consecuencias tanto políticas como institucionales.<sup>1</sup> De esto, se produjo un gran acuerdo político entre el oficialismo y la oposición de aquella época, que se reflejó en una modernización del Estado en materias de probidad y transparencia, a partir de la dictación de la ley n°20.285 Sobre Acceso a la Información Pública.<sup>2</sup>

Dicho caso, se compone de una serie de contratos para trabajos de consultoría que el Ministerio de Obras Públicas (en adelante, “MOP”), celebró entre los años 1997 y 2001 con empresas externas, las cuales presentaron cotizaciones en sus ofertas de prestación de servicios en las que consideraron dentro del precio de las consultorías que realizarían, un monto por concepto de asesorías que la empresa Gestión Ambiental y Territorial S.A (en adelante, “GATE”) le prestaría a dichas empresas consultoras. Al finalizarse la prestación de servicios, el MOP pagó a las mencionadas empresas, las que a su vez, pagaron a GATE el monto comprendido por esta última. Y es entonces donde GATE emitió boletas de honorarios a dichas consultoras por asesorías que finalmente nunca llegó a realizar. A pesar de eso, las citadas empresas ingresaron tales pagos bajo la categoría de gastos dentro de su contabilidad.<sup>3</sup>

Es en el año 2016, en el que la Corte Suprema dicta sentencia definitiva sobre los responsables de las irregularidades realizadas en dicho evento. En el mencionado fallo, se destaca la condena a diez empleados públicos por el delito de fraude al fisco. Invita a la atención, el hecho de que se condenara de igual manera a tres particulares por el mencionado tipo penal.

---

<sup>1</sup> Editorial La Tercera. “*Caso MOP-Gate: alcances políticos y repercusiones institucionales*”. 19 de abril de 2009.

<sup>2</sup> Artículo 1°: “La presente ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.”.

<sup>3</sup> Elisabeth Matthei y Luis Rojas, “Caso “MOP-GATE”. SCS, 28/06/2016, Rol N°25378-2014,” en *Casos destacados Derecho Penal Parte Especial*, de Tatiana Vargas Pinto (Chile: Ediciones DER, 2018), 114.

El objeto del presente trabajo de investigación, es el delito de fraude al fisco contenido en el artículo 239 del Código Penal (en adelante, “CP”). Al hacer un estudio en nuestra legislación, podemos apreciar que en dicho tipo penal se señala que: *“El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo (...)”*.

Como bien se puede apreciar, el contenido del tipo penal exige la actuación de un “empleado público”, que realizando operaciones en razón de su cargo, defraude o permita defraudar al Estado, originándoles pérdidas y privándoles de un lucro legítimo. Entonces, no es cuestionable aseverar que la condena de la Corte Suprema en el caso MOP-GATE a los tres particulares por el delito de fraude al fisco, no estaría amparada preliminarmente por el tipo penal de éste, o por lo menos según lo indicado por el tenor literal de dicho artículo. Vale decir, que los particulares en dicho caso, entendidos como “*extraneus*”, dígase, aquellos sujetos que no reúnen las cualidades especiales exigidas en el tipo penal de fraude al fisco, no podrían ser condenados bajo la figura mencionada, ya que no poseen el estatus especial requerido por el tipo penal. A pesar de eso, el razonamiento esgrimido por el fallo en primera instancia señala: *“No obstante lo anterior, como es posible que en la comisión del señalado ilícito penal intervengan otros sujetos que no participan de las condiciones personales que exige el tipo penal, a los que la doctrina denomina como “extraneus”, a quienes se comunica la calidad especial del sujeto que sí las reúne, por conocer las funciones que desarrollaban sus copartícipes y haber prestado su concurso para la materialización del delito, en cuyo caso deben responder por su conducta tal como les correspondería a los agentes calificados para la comisión del ilícito”*.<sup>4</sup> Dicho razonamiento no fue contrariado en instancias superiores, ya

---

<sup>4</sup> Décimo Juzgado del Crimen de Santiago, sentencia de fecha 30 de junio de 2010, Rol N° 15.260. [énfasis agregado].

que tanto la Corte de Apelaciones<sup>5</sup> en segunda instancia, como la Corte Suprema,<sup>6</sup> confirmaron la referida decisión del Juzgado del Crimen en primera instancia.

La argumentación propuesta por el tribunal, podría ser un ejemplo de la denominada teoría de la “comunicabilidad extrema”, que consiste en que se transmitiría la calidad especial de funcionario público exigido por el tipo a los particulares o “*extraneus*”. Este fenómeno no sería en absoluto aislado en nuestra jurisprudencia,<sup>7</sup> por tanto, al ser una determinación presente, cabe preguntarse hasta qué punto esto tiene una justificación satisfactoria en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, la teoría de la comunicabilidad extrema implica que tanto *intraneus* como *extraneus* deben responder penalmente por el mismo título de castigo, además se señala que como esta tesis parte de la base de que en nuestra legislación sólo se regula la incomunicabilidad de las circunstancias modificatorias, sin hacer referencia a los elementos del tipo, no habría problema en que estos últimos sean comunicables.<sup>8</sup>

De acuerdo al razonamiento efectuado por los tribunales anteriormente mencionados, podría entenderse que, en aquellas situaciones en que los *extraneus* serían ejecutores de una conducta delictiva en este delito especial, y a pesar de que éstos no reúnan la condición o calidad especial de ser empleado público, -requisito exigido en el tipo-, igualmente no habría problema para determinar la punibilidad de dichos sujetos, ya que, estos tribunales abogaron por una transmisión de dicha calidad especial, la cual encontraría amparo en las distintas teorías de comunicabilidad. A modo de ejemplo la teoría *extrema*, sugiere que el *extraneus* siempre respondería por el tipo especial -al comunicársele la cualidad especial exigida-, basándose en

---

<sup>5</sup> Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 11 de agosto de 2014, dictada en el ingreso a corte N°2284-2010.

<sup>6</sup> Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 28 de junio de 2016, dictada en el ingreso a corte N°25.378-2014.

<sup>7</sup> En ese sentido, la sentencia rol 17.014 emitido por la Corte Suprema el 17 de diciembre de 2015, en su considerando decimoquinto señala: “Si bien la doctrina y jurisprudencia nacionales hace ya mucho tiempo que se unificaron en torno a la incomunicabilidad del vínculo personal en el parricidio, debiendo responder el *extraneus* como culpable de homicidio, no ha sucedido igual cosa con ciertos delitos funcionarios, en especial, malversación de caudales públicos y fraude al Fisco.”.

<sup>8</sup> Alejandro Leiva, “La comunicabilidad en el Derecho Penal Chileno a partir de su interpretación práctica. Mirada crítica a su formulación como “Principio del Derecho,” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIX* (2017): 223.

argumentos relativos a la unidad o indivisibilidad del título de imputación. Esta idea señala a la comisión del delito como un hecho único que no puede ser considerado jurídicamente de diferente manera para los intervinientes.<sup>9</sup> También sostiene la tesis de la teoría extrema, la idea de una especial protección al bien jurídico relevante, la colaboración psicológica de los *extraneus*, el hecho de no existir una norma expresa que regule esta cuestión en específico, etc.<sup>10</sup> Idea algo similar propondría la teoría de la incomunicabilidad limitada, la cual encontraría diferenciación con la teoría extrema, en el hecho de que en la primera solo se efectuaría la transmisión de la calidad especial en los delitos especiales propios.<sup>11</sup> Si bien, esto nos resolvería la dificultad de una indeseable impunidad del particular que no es funcionario público, podría también presentar dificultades sensibles, como por ejemplo el quebrantar el principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*”.<sup>12 13</sup>

En atención al razonamiento de parte de nuestra jurisprudencia nacional al adoptar una posición en favor de la comunicabilidad hacia el sujeto no cualificado, es la finalidad de esta investigación el determinar si efectivamente es posible transmitir la calidad especial de sujeto cualificado exigido en el tipo penal de fraude al fisco hacia el *extraneus* partícipe, y si fuera posible, en cuáles casos. En definitiva, la respuesta a esta pregunta nos permitirá dilucidar sobre una hipotética punibilidad para el *extraneus*. Para una correcta comprensión del tipo penal del artículo 239 CP y de la doctrina en que se ha apoyado la jurisprudencia para transmitir la calidad especial a quienes no son funcionarios públicos, este trabajo analizará la naturaleza de este delito, sus características como delito especial y las diferentes teorías de la comunicabilidad, las

---

<sup>9</sup> Eduardo Novoa Monreal, *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Vol. II.* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 207 y ss.

<sup>10</sup> Gustavo Balmaceda Hoyos, “Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al fisco,” *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (2012): 61.

<sup>11</sup> Balmaceda, “Comunicabilidad...”, p.64-65.

<sup>12</sup> Leiva, “La comunicabilidad...”, p.224.

<sup>13</sup> Según Velarde Rodríguez: “*El principio de legalidad es un axioma de valoración de lo justo por una sociedad, en virtud del cual no se puede aplicar una sanción si no está escrita previamente en una ley cierta. (...) La configuración típicamente penal del principio de legalidad la debemos a Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach, quien en el siglo XIX, y con ocasión de la construcción de la teoría de la coacción psicológica, consideró que nullum crimen, nullapoena, sine lege, es decir, no existe delito ni pena, sin ley que lo establezca.*”. Jaime Velarde Rodríguez, “El principio de legalidad en el Derecho Penal,” *LEX- Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política* (2014): 229-230.



cuales buscan explicar el fundamento dogmático que habilita la punibilidad del *extraenus* en este tipo. Para ello, la presente memoria se estructurará de la siguiente manera:

En un inicio se abordarán las características generales del delito de fraude al fisco señalado en el artículo 239 CP. Para esto, se analizará en detalle el bien jurídico protegido en este delito y las diversas posturas que la doctrina ha desarrollado al estudiar dicho tema. Posterior a ello, se examinará el tipo objetivo, dentro del cual estará presente el sujeto activo; aquí se pondrá énfasis en la calidad especial de “empleado público” que se debe poseer y qué se entiende por dicho concepto, además se abordará la figura del sujeto pasivo y la conducta típica exigida, escudriñando sobre las distintas modalidades de acción previstas en el tipo penal.

En el siguiente apartado, se desarrollará la idea de delitos especiales, ahondando en su clasificación de delitos especiales propios e impropios. Una vez resuelto aquello, se indagará en el tratamiento que ha hecho la doctrina en atención a considerar el fraude al fisco como un delito especial impropio relacionado a la estafa o bien como delito especial impropio relacionado más bien con la administración desleal.

Por último, estudiaremos las distintas teorías de la comunicabilidad discutidas en nuestra doctrina, poniendo énfasis en su aplicación para la participación del *extraneus* en el delito de fraude al fisco. Una vez realizado ello, y teniendo como base todo el razonamiento y estudio anterior, en las conclusiones se adoptará una postura en relación a determinar bajo qué modalidad es comunicable o no la calidad de sujeto activo al *extraneus* en el delito y si se debe castigar a éste o no, y bajo qué título.

## **2. Características generales del delito de fraude al fisco**

Como punto de inicio a la presente investigación y para tener una noción apropiada del objeto de estudio en cuestión, se hace necesario indagar en el tipo penal del delito de fraude al

fisco, vale decir, entender el bien jurídico protegido por esta figura, que para gran parte de la doctrina, y según se indicará a continuación, sería el correcto desempeño de la función pública del Estado. Esta precisión nos permitirá entender la diferencia entre este delito y otros que no son parte de la categoría de delitos contra la administración pública. También, se hará un estudio del tipo objetivo, ya que al tratarse de un delito especial, cobra notoria importancia la calidad de funcionario público que tiene que poseer el sujeto activo en el tipo penal del artículo 239 CP. De igual manera, el análisis versará sobre el sujeto pasivo y de la conducta típica exigida para cumplir el tipo penal antes mencionado. Por último, se examinará el tipo subjetivo comprendido en este ilícito, destacándose como integrante la presencia fundamental del dolo.

## I. Bien jurídico protegido

Se ha propuesto como definición de bien jurídico *“todo bien, estado de cosas o unidad funcional social, de carácter ideal, proveniente de la persona o del orden social comunitario que, por estimarse valioso e indispensable para el digno, justo y responsable desarrollo del individuo o de la colectividad en democracia y libertad, está jurídico-penalmente protegido”*.<sup>14</sup> En ese sentido, y según Welzel, se trataría de un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado por el ordenamiento jurídico.<sup>15</sup> Vale decir, el derecho penal cautela estos bienes jurídicos de posibles lesiones, aunque no de manera absoluta. Esto se justifica en que estos bienes forman parte de la vida social, y con ello son puestos en peligro dentro de ciertos límites. Por tanto, el derecho penal contiene una protección de los bienes jurídicos ante una determinada clase de agresiones.<sup>16</sup>

Es visualizado en la doctrina que el concepto de bien jurídico ha sido abordado bajo distintas aproximaciones. Así a modo de ejemplo, según el profesor Juan Bustos, atendiendo a la naturaleza del bien jurídico, se podría distinguir entre una posición trascendental y otra

---

<sup>14</sup> Jaime Náquira, *Derecho Penal Chileno. Parte General* (Chile: Thomson Reuters, 2015), 157.

<sup>15</sup> Hans Welzel, *Derecho Penal. Parte General*, Traducido por Carlos Fontán Balestra (Buenos Aires: Roque Depalma, 1956), 5.

<sup>16</sup> Welzel, *Derecho Penal*, p.5-6.

inmanente.<sup>17</sup> El mismo autor, desarrollando la idea de la posición trascendental, señala que ésta se puede diferenciar a la vez entre un punto de vista jusnaturalista y otro político criminal. El primero dice relación con que el Estado, a través del delito, protege ciertos objetos que surgen de la naturaleza de las cosas como la vida, la salud, etc.; en cambio, el segundo punto de vista conecta con la idea de que los bienes jurídicos surgen de la vida social y que al derecho solo le cabe reconocer dichos intereses. Por tanto, la posición trascendental, propondría que los bienes jurídicos ya existen y al derecho solo les queda reconocerlos. En cambio, la posición inmanente de los bienes jurídicos señala que cada norma tiene y determina completamente su bien jurídico, vale decir, el ejercicio de interpretación de dichas normas jurídicas, queda relegada a la función teleológica que le quiso dar el legislador al momento de su creación.<sup>18</sup>

El bien jurídico tutelado en los delitos cometidos por funcionarios del Título V de nuestro Código Penal ha sido estudiado a partir de diversas visiones. Según Rodríguez y Ossandón, se podría distinguir en primer lugar, la idea de infracción a un deber personal de corrección o probidad que tendrían ciertos sujetos que ejercen una actuación de relevancia social como la función pública.<sup>19</sup> Ambos autores plantean también que el bien jurídico tutelado sería el prestigio de la administración pública o la confianza que el público deposita en ella y por último aducen que se podría considerar que la protección penal está dirigida a mantener la autoridad estatal.<sup>20</sup> Continúan indicando que, en la idea de infracción a un deber personal de probidad, la ley no puede penalizar el simple incumplimiento de deberes personales, sino que debe haber una correlativa afectación de derechos o legítimas expectativas de la ciudadanía, siendo necesario una sumisión del funcionario público a la ley, pero en virtud del interés general. Para el caso de la idea del prestigio de la administración pública, la confianza que los ciudadanos depositan en ella es una consecuencia del correcto desempeño de la función administrativa, que es lo que se buscaría preservar a través de la tipificación de estos delitos.<sup>21</sup> En ese sentido, un caso parecido en donde esto último se manifiesta, es en el delito de malversación de caudales

---

<sup>17</sup> Juan Bustos, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago: Editorial Jurídica de Santiago, 2005), 178.

<sup>18</sup> Bustos, *Derecho Penal*, p.178.

<sup>19</sup> Luis Rodríguez y María Ossandón, *Delitos contra la función pública* (Valparaíso: Editorial Jurídica de Chile, 2008), 98.

<sup>20</sup> Rodríguez y Ossandón, *Delitos*, p.98-99.

<sup>21</sup> Rodríguez y Ossandón, *Delitos*, p.99.

públicos, ya que “(el autor) no solo se apodera de valores que no le pertenecen, sino que, **al mismo tiempo, falta a la confianza que en él ha depositado el dueño de esos bienes, el Fisco directamente e indirectamente la colectividad entera**”.<sup>22</sup> Por último, en la idea relacionada de mantener la autoridad estatal, se considera que el bien jurídico protegido sería la administración pública, entendida como una actividad de servicio del Estado para los ciudadanos, siendo el correcto funcionamiento de la administración dependiente de factores internos, existiendo, en caso de su no funcionamiento, posibilidad de afectación de intereses de los administrados.<sup>23</sup>

El delito en análisis, al ser parte de la categoría de delitos cometidos por funcionarios públicos, tiene como objeto jurídico la protección del correcto desempeño de la función pública, interés que resultaría lesionado cuando el funcionario no cumple con el deber de velar por los intereses patrimoniales del Estado, vulnerando con ello, los principios de objetividad, imparcialidad y transparencia que han de presidir el ejercicio de la función estatal.<sup>24</sup> En ese mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Valparaíso en su fallo rol 4445-2002, brinda una definición de este bien jurídico al señalar: “*El bien jurídico que protege el Título V del Libro II del Código Penal, dentro del cual se encuentra inserto el artículo 239, no es el patrimonio fiscal, sino la recta administración pública, debiendo entenderse en sentido muy amplio como actividad general del Estado*”.<sup>25</sup>

Como se observa en el planteamiento anteriormente expuesto por Rodríguez y Ossandón, relativo al bien jurídico tutelado en los delitos funcionarios, podemos complementar que, al quebrantarse dicho bien, se produce una vulneración de principios orientadores para los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, los cuales poseen asidero en nuestra legislación. En ese sentido, Matus destaca la importancia del principio de probidad, resaltando

---

<sup>22</sup> Jorge Brahm, “Jurisprudencia sobre malversación de caudales públicos” (tesis de licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1947), 11. [énfasis agregado].

<sup>23</sup> Carlos Mir, *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal* (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000), 19-20.

<sup>24</sup> Xabier Etxebarria, “Fraudes y exacciones legales,” en *Delitos contra la administración pública*, editado por Adela Asúa (España: Gobierno Vasco – Eusko Jaurlaritza, 1997), 210.

<sup>25</sup> Ilma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 28 de enero de 2004, dictada en el ingreso a corte N°4445-2002.

su regulación a nivel constitucional, y la obligatoriedad de su cumplimiento por parte de los empleados públicos.<sup>26</sup> Este principio tiene mención expresa en el artículo 8 de la Constitución Política de la República (en adelante “CPR”), al señalar que *“el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”*. Inclusive, el artículo 52 de la CPR, en el que se regula las atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados, contempla si tienen o no lugar las acusaciones formuladas contra Ministros de Estado, delegados regionales y autoridades regionales, por delitos de concusión, malversación de caudales públicos y soborno, siendo estos delitos característicos atentados contra la probidad.<sup>27</sup> Más aún, encontramos regulación a nivel legal en el artículo 52 inciso 2 de la ley 18.757, que señala: *“El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”*.

## II. Tipo objetivo

Según Balmaceda Hoyos, se entiende como tipo objetivo una descripción, de forma objetiva, de una determinada conducta humana, que cuenta con la característica de llevar a cabo una expresión material o externa que es realizado por el sujeto.<sup>28</sup> El mismo autor continúa argumentando que en este tipo se excluyen todos los elementos de naturaleza volitiva o subjetiva propios de la acción, ya que dichos elementos serán propios del tipo subjetivo, entonces, los elementos que compondrán el tipo objetivo serán todos aquellos que digan relación con la ejecución material del hecho, por lo que se entiende que incluye la acción que deberá ejecutar el sujeto, bajo la forma de un verbo rector, el resultado de dicha acción y la relación causal entre ambas. Además, en el tipo objetivo, encontramos el objeto material, tiempo, lugar y modalidades de conducta.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Jean Matus y María Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno, Parte Especial* (Santiago: Tirant Lo Blanch, 2019), 439.

<sup>27</sup> Matus y Ramírez, *Parte Especial*, p.439.

<sup>28</sup> Gustavo Balmaceda Hoyos, *Manual Derecho Penal, Parte General* (Santiago: Librotecnia, 2014), 124.

<sup>29</sup> Balmaceda, *Manual Derecho Penal*, p. 124.

El delito de fraude al fisco se encuentra contemplado en el Título V, párrafo VI del Código Penal denominado “Fraudes y exacciones legales”, en el que su artículo 239 indica: *“El empleado público que en las operaciones en que interviniera por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado”*. En ese sentido, la Corte Suprema complementa, en el fallo rol 2834-2006, señalando que *“el delito de fraude al fisco, previsto en el artículo 239 del Código Penal, es un ilícito penal de sujeto activo especial, que comprende diferentes conductas que convergen en él respecto de principios relacionados con la probidad administrativa a la que están obligados los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, y exige para su consumación un engaño y el detrimento propio de la estafa. En cuanto al detrimento experimentado por el fisco, éste puede consistir en pérdidas directas o en la privación de un lucro legítimo o cesante, y en cuanto al elemento subjetivo, requiere de dolo directo”*.<sup>30</sup>

a) Sujeto activo

Como bien se puede apreciar del mencionado artículo, se destaca como exigencia del tipo penal la calidad especial de “empleado público” que tiene que poseer el sujeto activo, condición característica de los denominados delitos funcionarios. De allí la relevancia de analizar este tipo de condición, ya que, en un delito especial como el fraude al fisco, la cualidad personal del autor comporta un elemento de ilicitud especial que el legislador utiliza en la descripción del tipo penal.<sup>31</sup> Nuestro Código Penal contempla una definición de “empleado público”, y es que precisamente en su artículo 260 señala que: *“se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo*

---

<sup>30</sup> Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 3 de mayo de 2007, dictada en el ingreso a corte N°2834-2006.

<sup>31</sup> Francisco Grisolia, “La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude”, *Revista de Ciencias Penales* XXXIV, n° 1 (1975): 5.

*del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular*". Según Balmaceda Hoyos, la definición dada por la norma implicaría un concepto funcional y amplio de funcionario público, vale decir, que abarcaría incluso una infinidad de situaciones no cubiertas por la regulación del Estatuto Administrativo. Esta idea planteada por el profesor Balmaceda Hoyos es relevante, ya que a modo de ejemplo, si se considerara solamente pertinente la regulación prevista del Estatuto Administrativo, sujetos como los notarios o empleados del Conservador de Bienes Raíces no serían empleados públicos.<sup>32</sup>

Ahora bien, no basta con la concurrencia de cualquier funcionario o empleado público, sino que se exige que dicho sujeto haya intervenido en una "operación" por "razón de su cargo". Dicho criterio restrictivo implica que actúe dentro del ejercicio de sus funciones.<sup>33</sup> O en otras palabras "*(...) intervenir en razón del propio cargo, responde -por antonomasia- a la atribución oficial que ostenta el empleado público para participar o contribuir en la decisión como actividad "desde" su competencia orgánica*".<sup>34</sup>

Cabe precisar en este sentido, que no se exige que dicho funcionario público pertenezca al ente defraudado, sino que simplemente basta que intervenga en el proceso con la competencia necesaria para participar en ciertas operaciones.<sup>35</sup> Sin embargo, como bien señala Toro López, si el funcionario presta su voluntad en la realización de operaciones que no representan una actividad derivada de su investidura oficial, aquél no intervendría en razón de su competencia funcional o territorial, sino que estaríamos ante un "prevalimiento" de su cargo, es decir, un actuar con "ocasión" de la posición de este sujeto al interior de un determinado organismo público, y en definitiva no se configuraría la hipótesis del *intraneus* del delito de fraude al fisco.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> Balmaceda, "Comunicabilidad...", p.56.

<sup>33</sup> Gustavo Balmaceda Hoyos, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (Santiago: Librotecnia, 2014): 649.

<sup>34</sup> Jorge Toro Muñoz, "Intervención en "razón de su cargo" del empleado público en el fraude al Fisco del artículo 239 del Código Penal (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota y Corte de Apelaciones de Valparaíso), *Revista de Derecho (Valdivia) XXXII*, n°1 (2019): 319.

<sup>35</sup> Rodríguez y Ossandón, *Delitos...*, p.417.

<sup>36</sup> Toro, *Intervención...*, p.319.

En conclusión, es pertinente afirmar que el delito del artículo 239 del Código Penal, contiene una exigencia del tipo que requiere de un sujeto activo que posea la calidad de funcionario público, cuestión que delimita la naturaleza de este delito como especial. Dicha exigencia de una cualidad personal se ve aumentada en el sentido de que se espera que este funcionario, además de poseer dicha calidad, actué en operaciones en razón de su cargo, lo que implicaría que se encontraría en la situación del tipo siempre y cuando actúe en el ejercicio de las funciones en las cuales fue investido. Si se diera la situación de un sujeto que no actúa bajo la calidad de funcionario público, o que si bien poseyéndola, no interviene bajo el amparo de sus funciones, tendría la condición de *extraneus* y, dependiendo que tan amplia o no se conciba la comunicabilidad de dicha calidad, se podrá transmitir o no el estatus especial exigido por el tipo penal a éste.

#### b) Sujeto pasivo

Tal como se desprende del bien jurídico protegido, en el que se pretende velar por el correcto funcionamiento de la función pública en el delito especial de fraude al fisco, es bastante evidente que el sujeto pasivo en este caso sería la administración pública o Estado, al cual se le produce una “pérdida” o se le “priva de un lucro legítimo”. Según la profesora Mayer, el delito de fraude al fisco contiene en su propia descripción típica una alusión al patrimonio público como interés tutelado a castigar, esto debido a que se exige la ocurrencia de un perjuicio a la Hacienda Pública, y esta última alude precisamente al Estado y a los demás entes públicos en cuanto desarrollan la actividad financiera<sup>37</sup>. Esto último se manifiesta, cuando obtienen ingresos y realizan gastos para el sostenimiento de la organización y de la actividad administrativa, así como también al controlar el uso de los mismos. En definitiva, cabría precisar bajo esta mirada al Estado, específicamente en su dimensión de Hacienda Pública como el sujeto pasivo de este tipo de delito.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Laura Mayer, “El patrimonio del estado como objeto de protección penal,” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2007): 224-226.

<sup>38</sup> Mayer, “El patrimonio...”, p. 224-226.



### c) Conducta típica

Como se logra apreciar en el artículo 239 CP, la acción en el delito de fraude al fisco implica el defraudar o consentir en que se defraude. Al tratársele como una forma de estafa o defraudación, exige para su consumación el engaño y el perjuicio propio de la estafa; sin embargo, en tal engaño no necesariamente debe presentarse una *mise en scène*,<sup>39</sup> ya que el menoscabo podría provenir del simple incumplimiento de los deberes funcionarios y es que precisamente, en virtud de la posición de empleado público, la dinámica defraudatoria no pasaría necesaria y excluyentemente por el despliegue de un engaño hacia otra persona, ya que por lógica es el mismo funcionario el que tiene la capacidad de decidir el resultado del proceso por su propia intervención.<sup>40</sup> Bajo esta misma consideración, la Corte Suprema en su fallo rol 496-2011 del año 2012, señala que el delito de fraude al fisco “*se caracteriza por la producción de un menoscabo patrimonial al Estado, perpetrado a través del engaño o el incumplimiento de ciertos deberes, de modo que el empleado puede producir el perjuicio merced a un ardid o bien mediante el incumplimiento de sus obligaciones funcionarias, sin que se requiera un beneficio para el subalterno, que puede no recibir ninguno, sino actuar por amistad, espíritu de venganza u otro móvil, aunque siempre se exige el menoscabo al interés público*”.<sup>41</sup>

En un sentido diverso, Mañalich afirma que, metafóricamente hablando, el injusto de fraude al fisco corresponde a un menoscabo patrimonial ocasionado “*desde dentro*” y no “*desde afuera*”. Por ende, no cabría atribuírsele al tipo penal una conducta de engaño como si se tratara de una naturaleza de estafa especial, porque si ese fuere el caso, su estructura debería identificarse como una estafa en triángulo, siendo el funcionario público la persona engañada,

---

<sup>39</sup> Sergio Politoff, Jean Matus y María Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile; 2005), 498.

<sup>40</sup> Rodríguez y Ossandón, *Delitos*, p.418.

<sup>41</sup> Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 4 de diciembre de 2012, dictada en el ingreso a corte N°496-2011.

cuestión que no cumple con la exigencia típica del art.239 CP, ya que es precisamente el funcionario el que detenta la calidad de autor.<sup>42</sup>

Como ya se señaló, el tipo penal del artículo 239 CP distingue entre las dos figuras típicas de defraudar o consentir en que se defraude. En el primer supuesto, el empleado público realiza cualquier acción, por medios inmateriales, que signifique un perjuicio para el Fisco.<sup>43</sup> En el segundo caso, es un tercero quien defrauda al Estado, no siendo necesario que el empleado público que consciente en la defraudación esté concertado con éste, pudiendo ser su conducta activa u omisiva.<sup>44</sup>

Cabe también precisar cuál es el alcance de la palabra “operaciones” contenido en el tipo penal. Ésta se puede entender como cualquier clase de negocio, contrato o actividad económica entre el Estado y un particular.<sup>45</sup> Dicho entendimiento, se explica por el carácter más amplio que le quiso dar la comisión redactora de la ley, en contraposición con el Código Penal español de 1848, el cual tenía una concepción mucho más restrictiva.<sup>46</sup> La Corte Suprema apoya notablemente esta idea, cuestión que se ve reflejada en su sentencia rol 2843-2008 del año 2009, al señalar: *“La voz ‘operación’ empleada por el legislador en el artículo 239 del Código Penal, disposición que prevé el delito de fraude al fisco, no puede ser entendida en forma restrictiva, (...), porque darle ese alcance, en primer lugar, implicaría desconocer que la intención del legislador fue ampliar el ámbito de aplicación del artículo 239, dado el carácter casuístico de la redacción de su modelo, que fue el Código Penal español de 1848 y, en segundo lugar, limitaría el sujeto activo idóneo para cometer este delito sólo a aquellos que tuvieran competencias específicas de orden contractual. La finalidad de introducir el vocablo*

---

<sup>42</sup> Juan Mañalich, “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales,” *Política Criminal VII*, nº 14 (2014): 373.

<sup>43</sup> Gustavo Balmaceda Hoyos, “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco en el derecho penal chileno,” *Revista de Derecho Universidad San Sebastián* (2014): 113.

<sup>44</sup> Balmaceda, “La malversación...”, p.113.

<sup>45</sup> Rodríguez y Ossandón, *Delitos*, p.420.

<sup>46</sup> Rodríguez y Ossandón, *Delitos*, p.420.

*"operación" en el delito en cuestión fue extender el tipo a supuestos distintos al ámbito de la contratación estatal, hipótesis a la que se refería el Código español".<sup>47</sup>*

#### d) Tipo subjetivo

Es entendido por la doctrina que el delito de fraude al fisco solo puede ser cometido con dolo directo, ya que según como se comprende dentro de lo señalado en el artículo 239 CP, se indica la expresión “defraudare o consintiere que se defraude”, las cuales según el profesor Garrido, son expresiones que suponen una voluntad encaminada a causar un perjuicio mediante un ardid, quedando en definitiva descartadas por ese motivo la culpa y el dolo eventual.<sup>48</sup> A similar conclusión arriba Balmaceda Hoyos, específicamente en la modalidad en que el funcionario público consiente defraudar al Estado.<sup>49</sup> En ese mismo rumbo, Rodríguez y Ossandón afirman la necesidad de exigir dolo directo y la imposibilidad de alguna comisión de forma culposa, porque por más dañino que esta última pueda ser para el interés público, ésta no es una forma de defraudar, ya que la imprudencia es estructuralmente incompatible con el engaño, señalando además que la conducta exigida sería incompatible con el dolo eventual.<sup>50</sup>

Un asunto para dilucidar, es si ha de considerarse necesario un ánimo especial de lucro por parte del funcionario público en este tipo de delito. Si nos ceñimos a la literalidad de este tipo penal, ha de afirmarse que éste no sería necesario, en virtud que en el artículo 239 CP, no existen referencias a ello. En concreto, el funcionario público podría actuar sin recibir beneficio alguno y ni siquiera haber accionado con ánimo de lucro, sino que simplemente motivado por amistad, espíritu de venganza o cualquier otro tipo de motivación.<sup>51</sup> Mañalich refuerza esta idea al mencionar que el delito de fraude al fisco más bien *“corresponde con una vulneración del principio de probidad, en tanto estándar para el desempeño de la función, consistente en la*

---

<sup>47</sup> Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 7 de abril de 2009, dictada en el ingreso a corte N°2843-2008.

<sup>48</sup> Mario Garrido, *Derecho Penal. Parte Especial* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile;2010), 456.

<sup>49</sup> Balmaceda, “La malversación...”, p.113.

<sup>50</sup> Rodríguez y Ossandón, *Delitos*, p.421.

<sup>51</sup> Rodríguez y Ossandón, *Delitos*, p.420.

*falta de fidelidad en la gestión del patrimonio público, que no necesita en modo alguno coincidir con la pretensión de la obtención de alguna ventaja patrimonial correlativa*".<sup>52</sup> Por ende, se destaca una notoria diferencia en este sentido con el delito de estafa, el cual se entiende expresado subjetivamente por el ánimo de lucro, cuestión no vinculada con el delito objeto de estudio. Esto es así, ya que la comisión del delito de fraude al fisco conlleva en realidad una vulneración al principio de probidad, sin necesariamente existir un ánimo de lucro por parte del sujeto activo.

### **3. Delitos especiales**

#### **I. Consideraciones preliminares**

Resulta conocido en la doctrina, la atención a las características del sujeto activo como criterio de clasificación de los delitos, lo que en definitiva implica la existencia de delitos comunes y especiales.<sup>53</sup> En ese mismo sentido, Rueda Martín señala que los tipos delictivos comunes protegen bienes jurídicos frente a todos, siendo el criterio de imputación penal el "*dominio del hecho*", en la medida que se prohíbe a todas las personas la realización de las acciones exigidas en el tipo penal ya que lesionarían o pondrían en peligro el bien jurídico respectivo. Asimismo, la autora se refiere a los delitos especiales, como aquellos en que la acción típica solo es realizable por aquel individuo que reúne determinadas cualidades que precisan más al sujeto de la norma,<sup>54</sup> de tal manera que se estará en presencia de un delito especial siempre que una condición personal, sea física o jurídica, venga exigida por el contenido del tipo.<sup>55</sup> Desarrollando aún más la idea, Gómez aduce que la doctrina, especialmente la alemana, ha venido desarrollando dos modelos conceptuales de delitos especiales. El primero llamado "concepto simple", dice relación con aquella definición en que

---

<sup>52</sup> Mañalich, "La malversación...", p.374.

<sup>53</sup> María Rueda Martín, "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública," *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2001): 130.

<sup>54</sup> Rueda, "Reflexiones...", p.131.

<sup>55</sup> Grisolia, "La comunicabilidad...", p.5.

el tipo penal describe una conducta que únicamente será punible a título de autor cuando sea ejecutada por ciertos individuos que posean ciertas condiciones especiales que exija la ley.<sup>56</sup> En cambio, el segundo modelo llamado “concepto complejo” versa sobre la base de que no se limita simplemente a señalar la restricción del círculo de autores o sujetos activos del delito, sino que incorporaría además la fundamentación para aquella restricción.<sup>57</sup>

La clasificación mencionada resulta relevante, ya que son precisamente estas definiciones las que conllevarían finalmente al problema planteado en el presente trabajo. En otras palabras, el problema de determinar si es posible la comunicabilidad de la calidad de funcionario público en el delito de fraude al fisco, se presenta solo al considerar este delito como uno de carácter especial, ya que esto supone necesariamente el requisito de que el sujeto activo tenga la precisa calidad de empleado público. Si el delito fuera común, no existiría el mencionado problema, ya que no habría ninguna posible calidad o estatus especial para comunicar y por ende todos los sujetos serían hábiles para cumplir con las exigencias del tipo penal común. Además de eso, para Márquez y González existen ciertas cuestiones que también dan importancia a la clasificación de delito especial, como por ejemplo que los sujetos seleccionados por el legislador para observar la norma penal ocupan en la sociedad un estatus especial.<sup>58</sup> Esta posición especial, según los autores les exige un comportamiento de mayor responsabilidad y diligencia en el contexto social, que además los sitúa como sujetos obligados a cumplir con deberes de protección de los bienes jurídicos puestos bajo su cuidado y porque en virtud de la condición de sujeto cualificado, legitima al Estado para exigirle un mayor compromiso y respeto por los bienes jurídicos colocados bajo su custodia.<sup>59</sup> Esto explicaría la existencia de sanciones drásticas y un reproche mayor al que se hace a aquellos sujetos que no poseen la cualificación especial exigida por el tipo penal.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> Víctor Gómez Martín, *Los Delitos Especiales* (Madrid: Edisofer S.L, 2006), 16.

<sup>57</sup> Gómez, *Los Delitos*, p. 22.

<sup>58</sup> Álvaro Márques y Orlando González, “La coautoría: delitos comunes y especiales,” *Revista Diálogos de Saberes* (2008): 32.

<sup>59</sup> Márques y González, “La coautoría...”, p.32.

<sup>60</sup> Márques y González, “La coautoría...”, p.32.

Dichas ideas mencionadas, sostendrían la categorización del delito de fraude al fisco como delito especial, y es que precisamente el artículo 239 CP exige como sujeto activo a un funcionario público, el cual ocupa una posición especial en la sociedad, que a su vez le exige el cumplimiento de determinados deberes en el ejercicio de sus funciones (como el de probidad), requiriéndole aparejadamente un compromiso por el respeto y la integridad en el manejo del patrimonio fiscal, siendo su contravención severamente sancionada.

## II. Delitos especiales propios

Dentro de la categoría mencionada de delitos especiales, encontramos una subclasificación que deriva en la categorización de delitos especiales “propios” e “impropios”. Los primeros, según Politoff, Matus y Ramírez, dicen relación con aquellos tipos penales en que la cualidad del sujeto es determinante para la existencia misma del delito, de tal forma que faltando la misma el hecho sería atípico.<sup>61</sup> Según los mismos autores, un clásico ejemplo de delito especial propio es el de prevaricación de un juez, contenido en el numeral primero del artículo 223 CP que señala: *“Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados: 1° Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil (...)”*.<sup>62</sup> Dicho delito mencionado a modo de ejemplo, se enmarca en la categoría de delito especial propio, ya que además de exigir alguna cualidad especial para ser sujeto activo, cuestión distintiva en los delitos especiales (se exige la calidad de magistrado), no tiene un delito base o común correlacionado respectivamente. Por ende, no existe opción de otro tipo penal respectivo para la condena hacia aquel sujeto que no posea la calidad de juez.

---

<sup>61</sup> Politoff, Matus y Ramírez, *Parte Especial*, p. 489.

<sup>62</sup> [énfasis agregado].

Esgrimido lo anterior, cabe cuestionarse qué sucede en aquellos casos en que el *extraneus* es participe en algún hecho constitutivo de delito especial propio. Siguiendo las ideas precedentes, a dicho *extraneus* no se le podría condenar por el delito mencionado ya que no reúne las cualidades especiales exigidas, además de no contar con una figura típica base que pueda aplicársele. Resulta evidente que dicho suceso podría implicar una laguna de punibilidad para este particular, ya que a priori no se lo podría condenar bajo ninguna figura. Pero desde la óptica de las distintas teorías de la comunicabilidad, (que abordaremos en el capítulo siguiente) se encuentran propuestas encaminadas a permitir una comunicabilidad hacia este *extraneus*. Sin embargo, en términos de derecho comparado la situación es disímil, esto lo explica Ossandón Widow al señalar que en la propuesta de Anteproyecto del Código Penal del 2005, se supera esta dificultad al adoptar una solución de atenuación para el *extraneus*, tomando como parámetro la legislación comparada,<sup>63</sup> ejemplo de estos casos sería Alemania donde su Código Penal contempla una atenuación especial obligatoria para los casos en que al partícipe no le sean aplicables las circunstancias especiales exigidas para el sujeto activo.<sup>64</sup> También, en España se establece en su legislación una atenuación facultativa de la pena al inductor o cooperador necesario en quien no concurren las cualidades especiales que debiese cumplir el autor.<sup>65</sup>

### III. Delitos especiales impropios

La otra subclasificación de los delitos especiales, dice relación con los denominados “delitos especiales impropios”, que según Politoff, Matus y Ramírez, son aquellos en que la calidad especial del sujeto activo posee únicamente la virtud de atenuar o agravar la pena, existiendo una correspondencia fáctica con un delito base o común, que en las mismas circunstancias de hecho, puede ser cometido por cualquier persona, tanto si posee o no la calidad especial que define el tipo especial impropio correspondiente.<sup>66</sup> Complementando esta definición, se puede considerar como delitos especiales impropios aquellos en que “(el)

---

<sup>63</sup> María Ossandón Widow. “Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal,” *Política Criminal* (2006): 3.

<sup>64</sup> Ossandón. “Delitos especiales...”, p.3.

<sup>65</sup> Ossandón. “Delitos especiales...”, p.3.

<sup>66</sup> Politoff, Matus y Ramírez, *Parte Especial*, p. 489.

*comportamiento delictivo común que en un momento determinado se transforma en especial, a raíz de la condición personal del sujeto que lo realiza, constituyéndose tal condición en el elemento indispensable para atenuarlo o agravarlo”.*<sup>67</sup>

La definición de un delito especial impropio implica que el *extraneus* participe en este hecho delictual, al no tener las cualidades especiales requeridas del sujeto activo para satisfacer las exigencias del tipo penal especial, se le debería aplicar la figura penal residual o base. Un ejemplo de esto en nuestra jurisprudencia, lo encontramos en el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, que en sentencia de fecha 30 de abril de 2009 señala a propósito del delito especial impropio de malversación de caudales públicos y de la incurrencia del *extraneus* que: *“Se rechaza la comunicabilidad de la calidad de funcionario público en el delito de malversación de caudales públicos, pues un hecho único puede valorarse jurídicamente como dos delitos (artículo 75, por ejemplo). Apoyan la incomunicabilidad en la opinión de Cury que afirma la imposibilidad de afectar un bien jurídico por una persona que no tiene la calidad para ello, falta el deber de protección del erario público. Tratándose de un delito especial impropio existe otro tipo penal común al que reconducir la conducta, sin perjuicio de reservarse un posible aumento de pena según el artículo 69”.*<sup>68</sup> En conclusión, resulta evidente en el razonamiento del fallo que el particular al no cumplir las cualidades especiales contempladas para el sujeto activo del delito especial impropio, no se le puede condenar por esa misma figura. En ese sentido, es lógico pensar en reconducir la conducta del tercero particular hacia el delito común aparejado para el caso concreto. Sin embargo, esto no sería una tendencia uniforme en nuestra jurisprudencia. Muestra de ello, es el razonamiento hecho por nuestros tribunales en el emblemático caso “MOP-GATE”, que se describió en el capítulo introductorio del presente trabajo investigativo.

En nuestra legislación existen distintos casos de delitos que pueden ser contemplados como especiales impropios, por ejemplo, el delito de parricidio contemplado en el artículo 390

---

<sup>67</sup> Márques y González, “La coautoría...”, p.40.

<sup>68</sup> Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, sentencia de fecha 30 de abril de 2009, Ruc Nº 0600867745-8.



de nuestro Código Penal, que encuentra correlación con una figura típica común o base, esto es el homicidio simple. Más aún, el delito objeto de estudio en la presente investigación correspondería a la misma categoría. En nuestra doctrina, destacan posturas que debaten sobre la problemática de cuál es el delito común aplicable para el tipo penal comprendido en el artículo 239 del Código Penal, ya que autores como Rodríguez y Ossandón,<sup>69</sup> Balmaceda Hoyos,<sup>70</sup> Grisolía<sup>71</sup> y Matus y Ramírez<sup>72</sup> apoyan la idea de que la figura penal base o común correspondiente al delito de fraude al fisco sería el de delito de estafa contemplado en el artículo 473 de nuestro Código Penal. En posición contraria, Mañalich<sup>73</sup> sostendría la posición de que el delito de fraude al fisco tendría una conceptualización más correcta si se le considera como su base el delito de administración desleal de patrimonio público.

#### IV. El delito de fraude al fisco como delito especial

##### a) El fraude al fisco como delito especial impropio (fraude al fisco y estafa)

Como se abordó en el párrafo anterior, existe una parte mayoritaria de la doctrina que considera al delito de fraude al fisco como un delito especial impropio, cuyo correlativo delito base común sería el denominado tipo penal de estafa. Esta postura la sostienen entre otros, Rodríguez y Ossandón, quienes señalan que la conducta incriminada constituye una estafa producida desde el interior de la Administración Pública.<sup>74</sup> Esta acción, implica una mayor vulnerabilidad al patrimonio público, ya que es ejecutada por quien tiene la obligación especial de actuar en nombre e interés del fisco, pero opta por ignorar criterios de eficacia en la gestión de los bienes públicos, actuando en beneficio particular.<sup>75</sup>

---

<sup>69</sup> Rodríguez y Ossandón, *Delitos...*, p.416.

<sup>70</sup> Balmaceda, *Parte Especial...*, p.648.

<sup>71</sup> Grisolía, "La comunicabilidad...", p.7.

<sup>72</sup> Matus y Ramírez, *Parte Especial*, p.449.

<sup>73</sup> Mañalich, "La malversación...", p.374.

<sup>74</sup> Rodríguez y Ossandón, *Delitos*, p.416.

<sup>75</sup> Rodríguez y Ossandón, *Delitos*, p.416.

Complementando esto, Politoff, Matus y Ramírez sostienen que si bien el tipo penal del artículo 239 del Código Penal es una forma de estafa o defraudación y que por ende, debería exigírsele para su consumación el engaño y perjuicio propio de éstos, existe una diferencia, ya que para el caso del delito de fraude al fisco tal engaño no constituye necesariamente una acabada *“mise en scène”*.<sup>76</sup> Dicha teoría para la profesora Mayer Lux, se refiere a una situación que no puede consistir en una simple mentira: debe implicar un hecho externo o material, una especie de aparato escénico, es decir, una mentira reforzada por apariencias objetivas externas y que suele denominarse como maquinación, ardid o artificio.<sup>77</sup> Adicionando esto, Balmaceda Hoyos señala que este delito requiere de un engaño idóneo pero sin la realización de un *“mise en scène”*, *“cuya defraudación puede ser cometida mediante el incumplimiento de los deberes funcionarios, sin perjuicio de que igualmente habrá, de manera habitual (...) al menos una mentira (...)”*.<sup>78</sup>

Sin embargo, resulta bastante interesante abordar la posición del profesor Mañalich en el sentido de no considerar derechamente como una modalidad especial de estafa el delito de fraude al fisco. Esta idea se planteó previamente en el capítulo primero y se complementará a continuación en virtud de lo siguiente. Como bien se había indicado, el mencionado autor considera que si se entiende el tipo penal del artículo 239 del Código Penal con una correlación de figura base a la estafa, esto implicaría necesariamente que el perjuicio patrimonial debería ser hecho *“desde afuera”* exigiendo la presencia de una estafa en triángulo, cuya explicación deriva en que la víctima es una persona jurídica (el ente público), lo que a su vez nos indica que la persona engañada jamás podría ser este mismo ente público (por razones obvias) cuyo patrimonio está comprometido, sino que tiene que ser obligatoriamente una persona natural funcionaria pública que está en posición de comprometer el patrimonio del órgano público respectivo.<sup>79</sup> En conclusión, para el autor, solo el funcionario público con posibilidades de disponer del patrimonio del ente público respectivo puede ser el engañado en el delito de estafa, lo que en definitiva hace difícil cumplir con las exigencias del tipo penal del artículo 239 del

---

<sup>76</sup> Politoff, Matus y Ramírez, *Parte Especial*, p. 498.

<sup>77</sup> Laura Mayer Lux, “El engaño concluyente en el delito de estafa,” *Revista Chilena de Derecho* (2014): 1020.

<sup>78</sup> Balmaceda, *Parte Especial*, p.49.

<sup>79</sup> Mañalich, “La malversación...”, p.373.

Código Penal. Complementado esto, según Hernández y a propósito de una supuesta relación entre el delito de estafa y la administración desleal -cuyo razonamiento resulta aplicable para este caso también- indica que el sujeto que tiene el poder de disposición sobre el patrimonio ajeno (en este caso el funcionario público) no necesita engañar a nadie para obtener una disposición patrimonial, porque la realiza él directamente en virtud de su cargo público,<sup>80</sup> acercándose más a la figura de administración desleal que a la de estafa. Por último, nos encontramos con el problema de que en la tipicidad subjetiva de la estafa estaría contemplado el ánimo de lucro,<sup>81</sup> cuestión no prevista para el caso del delito de fraude al fisco. En atención a los argumentos expuestos anteriormente, resulta prudente a lo menos cuestionar la idea del ilícito de estafa como figura base para el delito de fraude al fisco.

b) El fraude al fisco como delito especial impropio (fraude al fisco y administración desleal)

El delito de administración desleal en nuestro ordenamiento jurídico data de una disposición legal más bien reciente. El 20 de noviembre del año 2018 se publicó la ley 21.121 que modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción.<sup>82</sup> Puede considerarse a este delito de manera general como aquel que castiga la infracción a un deber de tutela patrimonial, y que como consecuencia genera un perjuicio en el patrimonio del titular.<sup>83</sup> Dicho delito se encuentra contemplado en el artículo 470 numeral 11 del Código Penal que señala: *“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*

---

<sup>80</sup> Héctor Hernández. “La Administración desleal en el Derecho Penal Chileno,” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2005): 207-208.

<sup>81</sup> Héctor Hernández, “Aproximación a la problemática de la estafa,” en *Problemas actuales de Derecho Penal*, de Enrique Cury, y otros. (Chile: Universidad Católica de Temuco, 2003), 188-189.

<sup>82</sup> Ley N° 21.121 que modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción. Publicado en el Diario Oficial con fecha 20 de noviembre de 2018.

<sup>83</sup> Constanza Oyanguren, “El delito de Administración Desleal en Chile” (tesis de magíster, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2019), 13.

*manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado*". Esta sanción de la conducta anteriormente descrita, dice relación con un ataque patrimonial "*desde adentro*" dado que el sujeto cuenta con un poder legítimo de administración y disposición del patrimonio ajeno, el cual ejerce de modo irregular y en contra del interés de éste.<sup>84</sup>

Como bien se señaló, Mañalich sostiene la tesis de considerar el fraude al fisco como un delito agravado de administración desleal en virtud de argumentos tales como que este último se caracteriza por ser un delito de mero perjuicio patrimonial y no un delito de aprovechamiento patrimonial. No se le podría considerar como delito de estafa especial, porque precisamente no conlleva aparejado un beneficio material. Esto se explica con lo mencionado precedentemente en atención al ánimo de lucro que exige la tipicidad subjetiva del delito de estafa y que en el delito de fraude al fisco no existe.<sup>85</sup> Esta problemática no la encontramos en el delito de administración desleal, ya que según se desprende del tipo penal del artículo 470, solo es exigido el perjuicio que "*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*". Por tanto, podría sostenerse que la figura del artículo 470 numeral 11 del Código Penal sería más idónea para desenvolverse armónicamente como delito base con el tipo penal de fraude al fisco. Sin embargo, éstos no poseen una similitud plena, ya que se puede tomar como diferenciador de ambos delitos, que el tipo penal del artículo 239 CP aparte de considerar como bien jurídico protegido al patrimonio fiscal, se encuentra el correcto desempeño de la función pública, siendo esta última idea, una característica distintiva de los delitos contra la administración pública. En contrapartida, en el caso del delito de administración desleal, su bien jurídico protegido solo es el patrimonio de un particular.<sup>86</sup>

## V. Delitos de infracción de deber y fraude al fisco

---

<sup>84</sup> Jorge Bofill, Valeria Jelvez, y Sebastián Contreras, "Consideraciones sobre el nuevo delito de administración desleal en el derecho chileno," *Revista Derecho & Sociedad*, nº 52 (2019): 52.

<sup>85</sup> Mañalich, "La malversación...", p.375.

<sup>86</sup> Oyanguren, "El delito de Administración Desleal...", p.32.

Los delitos de infracción de deber, identificados originalmente por el jurista alemán Claus Roxin,<sup>87</sup> serían aquellos que sólo pueden ser cometidos por determinadas personas, portadores de un deber especial, ejemplo de esto son los delitos de funcionarios públicos, así como determinados delitos que presuponen una posición de garante.<sup>88</sup> En palabras del mismo Roxin, en este caso, el elemento que decide sobre la autoría la constituye una infracción a un deber extrapenal, que no necesariamente se extiende a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización personal del tipo, el que por regla general, se origina en otras ramas jurídicas.<sup>89</sup>

A priori, pareciera ser que los delitos de infracción al deber serían una categorización menos problemática para determinar la autoría en los delitos cometidos por funcionarios públicos como el caso del delito de fraude al fisco, que la ofrecida por los delitos de dominio, cuyo criterio determinante es la llamada teoría del dominio del hecho.<sup>90</sup> Según Caro, en estos delitos de infracción de deber, no es la calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica, lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino que el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la administración pública.<sup>91</sup>

Roxin, quien estaba precisamente encasillado en la teoría del dominio del hecho, al analizar unos delitos de la parte especial, consideró que en unos eventos particulares, para el ejercicio de determinar quién era autor del delito, lo relevante era establecer sobre quién pesaba el deber especialísimo de protección al bien jurídico, con prescindencia del sujeto que tuviera el dominio del hecho.<sup>92</sup> De tal forma que, autor es aquel sujeto que habría infringido ese deber

---

<sup>87</sup> Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José González de Murillo (Madrid: Marcial Pons, 2000), 386.

<sup>88</sup> Urs Kindhäuser, "Infracción de deber y autoría - Una crítica a la teoría del dominio del hecho," *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 14 (2011): 41.

<sup>89</sup> Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho*, p.387.

<sup>90</sup> Kindhäuser, "Infracción de deber y autoría...", p.43.

<sup>91</sup> Caro John, "Sobre la autoría en el delito de infracción de deber," *Derecho Penal y Criminología* (2006), 96.

<sup>92</sup> William Torres. "Autoría en los delitos de infracción de deber," *XXVI Jornadas Internacionales de Derecho Penal* (2004): 81. Citando a Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José González de Murillo (Madrid: Marcial Pons, 2000), 743.

especial, sin importar en qué lugar o periferia se encontrara.<sup>93</sup> Podríamos señalar que, a efectos de determinar autoría en los delitos especiales resultaría bastante conveniente remitirnos a la conceptualización de delitos de infracción de deber, o dicho de otro modo, fijarnos en aquellos “*deberes especiales extrapenales que entrañan requisitos de autoría especial, no accesibles a cualquiera*”.<sup>94</sup> Ya para el caso del delito de fraude al fisco, a nuestro juicio y en atención a lo señalado anteriormente, podríamos razonar que el deber especial que le compete al funcionario público sería el de velar y proteger el interés patrimonial fiscal.

Complementa en igual sentido Salinas, al señalar que, a pesar de que sea común sostener que la teoría del dominio del hecho sirve para saber quién es autor y quién es cómplice en los delitos comunes, no serviría en los delitos especiales, pues en éstos, el autor no tiene de forma necesaria las riendas sobre el asunto delictivo.<sup>95</sup> Y a propósito de los delitos contra la administración pública el mismo autor señala que: “*Se entiende que en la mayoría de los delitos contra la administración pública los elementos especiales que fundamentan la penalidad del autor son este deber de tener la calidad de funcionario o servidor público y, además, un deber funcional de carácter penal respecto del bien jurídico que se pretende proteger*”.

Salinas termina concluyendo que, dichos elementos especiales, no los posee un sujeto extraño o ajeno a la administración pública, ni tampoco aquel funcionario o servidor público que no tiene un deber funcional específico.<sup>96</sup> No obstante, al ceñimos a la teoría de infracción de deber desde la óptica de Roxin, y si se verifica que dichos sujetos anteriormente mencionados, también participaron en la comisión de delitos junto al autor, deberán responder penalmente por este delito, pero en calidad de cómplices.<sup>97</sup>

---

<sup>93</sup> Torres, “*Autoría en los delitos...*”, p.81.

<sup>94</sup> Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho*, p.743.

<sup>95</sup> Ramiro Salinas, “La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios,” *Problemas Actuales de Política Criminal - Anuario de Derecho Penal 2015-2016* (2018): 94.

<sup>96</sup> Salinas, “La teoría de infracción de deber...”, p.120.

<sup>97</sup> Salinas, “La teoría de infracción de deber...”, p.120.

Señalado el caso de los delitos contra la administración pública como delitos de infracción al deber, que es precisamente el grupo en donde se encuentra el delito objeto de estudio, es necesario señalar, que ésta se propone, como un criterio para ayudar en el ejercicio de delimitar o no una posible punibilidad al *extraneus* que no detenta la calidad especial de funcionario público, problema que se abordará directamente en el siguiente capítulo, a través del desarrollo de las distintas teorías de la comunicabilidad. En ese sentido, a priori, la teoría de infracción al deber sugeriría que como el *extraneus* no infringe un deber especial, resulta ilógico, castigarlo, a través de una forma de autoría (incluso actuando como autor mediato)<sup>9899</sup> en el delito de fraude al fisco, ya que precisamente, no es sujeto activo, no solo por el hecho de que simplemente no es funcionario público, sino que también porque no recae en aquel un deber especial extrapenal, que en este caso sería el de velar por el correcto funcionamiento de la administración pública resguardando el patrimonio fiscal. Para Robles Planas, el *extraneus* “no puede lesionar el deber propio de la constitución del injusto, no puede admitirse el castigo de su intervención. Lo contrario sería imputarle un injusto ajeno”.<sup>100</sup>

Ahora bien, a pesar de que la teoría de delitos de infracción de deber, pueda resultar interesante a modo de determinar autoría, existen críticas que indican dificultades si es que se realizara su aplicación. En ese sentido, Ossandón Widow por ejemplo, indica en primer término que esta doctrina prescindiría de la idea de lesión o puesta en peligro de bien jurídico como límite al *ius puniendi* estatal.<sup>101</sup> En segundo lugar, aduce también, que los deberes especiales al sufrir de vaguedad pondrían en peligro el principio de legalidad. En similar rumbo complementa Caro, al indicar que no es necesario que el deber se encuentre legalmente tipificado, ya que “Si bien los tipos regulan por lo común la prohibición general de no dañar, **puede plantearse detrás**

---

<sup>98</sup> Se ha definido autor mediato como aquel sujeto que: “Cumpliendo todos los requisitos típicos, en forma libre y sobre la base de un error, coacción, situación de superioridad o de poder, domina la voluntad del sujeto que realiza de forma inmediata o de propia mano la acción típica prohibida (instrumento ejecutor).” Jaime Náquira Riveros, “Autoría mediata y tentativa,” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI* (2005): 126.

<sup>99</sup> Por ejemplo, en el caso de aquel *extraneus* que a base de coacción o de su poder, domina y dirige la voluntad del funcionario público para que defraudare al fisco, originándole una pérdida o privándole de un lucro legítimo, no se le podría considerar como autor mediato, ya que éste no posee el deber especial extrapenal relacionado a velar por el interés patrimonial fiscal.

<sup>100</sup> Ricardo Robles Planas, *Garantes y Cómplices* (Barcelona: Atelier, 2007), 37.

<sup>101</sup> Ossandón, “Delitos especiales...”, p.11.

*de ellos sin embargo la existencia de una institución, lo que conduce a sostener que la determinación del delito de infracción de deber no depende de si el deber se encuentra positivizado o no. (...) Una institución tiene existencia propia, de manera que ella existe con independencia del tipo penal”.*<sup>102</sup>

Otro problema relevante para los delitos de infracción de deber, y precisamente para la pregunta en desarrollo del presente trabajo de investigación, es la situación del sujeto no obligado a este deber especial. Ya que, como bien señala Ossandón, si el fundamento de la responsabilidad en este tipo de delitos es la infracción de un deber, aquella persona a la cual no le concierne ninguna obligación de cumplimiento de dicha imposición, no realizaría ningún ilícito punible.<sup>103</sup> Por tanto, en definitiva, no existiría en principio una sanción para el *extraneus* en este tipo de delitos, por lo menos para el caso de aquellos en los cuales no existiría una figura típica base o común, la cual se le podría aplicar a este tercero extraño.

En conclusión, las ideas planteadas precedentemente, nos hace desechar la posibilidad de servirnos de la teoría de delitos de infracción de deber, y porque además, dicha categoría no resultaría útil, una vez que a los problemas de autoría y participación que en ella se aplicaran, pueden ser solucionados perfectamente utilizando la clasificación de delitos comunes y especiales.<sup>104</sup> y las diversas teorías de la comunicabilidad a nuestro entender.

## **4. Comunicabilidad al extraneus**

### **I. Consideraciones preliminares**

---

<sup>102</sup> Caro, “Sobre la autoría...”, p. 106. [énfasis agregado].

<sup>103</sup> Ossandón, “Delitos especiales...”, p.8.

<sup>104</sup> Ossandón, “Delitos especiales...”, p.10-12.



Teniendo una panorámica sobre la naturaleza del delito de fraude al fisco y su categorización como delito especial, específicamente como uno de carácter impropio, queda abordar el análisis de autoría y participación involucrada en esta clase de delitos. Dicho problema dice relación con la comunicabilidad<sup>105</sup> hacia el *extraneus* de la calidad especial exigida para el sujeto activo en los delitos especiales como elemento integrante del tipo. Sin embargo, para Ossandón Widow, la anterior idea no estaría establecida en términos correctos, ya que: “(...) *aquí no se trata de comunicar la calidad de funcionario a un extraneus, esto es, de extenderle o transmitirle esa calidad, sino que el asunto es si puede imputarse a una persona en virtud de un tipo penal pese a que éste parece dirigirse, en principio, solo a determinados sujetos. En otras palabras, si es posible configurar un deber jurídico penal para un extraneus vinculado con un delito especial*”.<sup>106</sup>

Para el caso particular del objeto de estudio, existe la interrogante sobre si es posible o no comunicar la calidad especial de funcionario público exigida en el tipo penal del art. 239 CP hacia el *extraneus*. La respuesta a este problema nos permitirá determinar si el *extraneus* que participa en el delito de fraude al fisco responderá penalmente y, si efectivamente fuera así, bajo qué título.

El origen de esta interrogante dice relación con la falta de solución legal expresa en nuestra legislación para resolver esta materia. En ese sentido, en nuestra doctrina nacional se ha debatido sobre el problema de la comunicabilidad de las circunstancias especiales al *extraneus*, y las distintas teorías que permiten transmitir estas calidades especiales en menor o mayor medida, no existiendo en definitiva, consenso sobre este asunto.<sup>107</sup> Complementando esto, Ossandón Widow advierte también que es conocido que nuestro Código Penal no resuelve el problema del *extraneus* partícipe en el delito especial, pero que se distinguen tres posiciones

---

<sup>105</sup> Al respecto Grisolia señala que la comunicabilidad es una doctrina “en cuya virtud se pretende responsabilizar al partícipe (en sentido amplio) extraño, llamado *extraneus*, por el mismo delito especial que le corresponde al autor calificado, denominado *intraneus*. Grisolia, “La comunicabilidad...”, p.23.

<sup>106</sup> María Ossandón Widow, “Sobre la calidad de empleado público en los delitos funcionarios y la punibilidad de quienes no la posean,” *Revista Doctrina y Jurisprudencia penal* N°8 (2012): 16.

<sup>107</sup> Balmaceda, “Comunicabilidad...”, p.58.

doctrinales que abordan este problema y que se sujetan a lo dispuesto por el art. 64 CP<sup>108</sup> en relación a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Estas teorías son la de comunicabilidad extrema, incomunicabilidad limitada e incomunicabilidad extrema.<sup>109</sup>

## II. Comunicabilidad extrema

Según Héctor Hernández, la tesis de la comunicabilidad extrema tendría una fuerza minoritaria en la doctrina.<sup>110</sup> Y como bien señala Balmaceda Hoyos, esta postura plantea que el problema de la comunicabilidad debe ser resuelto en forma afirmativa en todos los casos, tanto si se trata de un delito especial propio como uno impropio; por tanto, el *extraneus* siempre responderá por el delito especial aplicable tanto a título de autor como de mero partícipe.<sup>111</sup> En ese supuesto existen varias ideas que fundamentan esta posición, las cuales se desarrollarán a continuación:

- a) Principio de unidad o indivisibilidad del título de imputación: este principio sugiere que por cuestiones lógicas, un único hecho cometido no puede ser considerado jurídicamente de diferente manera para cada uno de los intervinientes en su realización.<sup>112 113</sup>

---

<sup>108</sup> Artículo 64 Código Penal: “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 tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.”

<sup>109</sup> Ossandón, “Sobre la calidad de empleado público...”, p.16.

<sup>110</sup> Héctor Hernández, “Comentario sobre el artículo 14,” en *Código Penal comentado. Libro Primero (Arts. 1° a 105). Doctrina y Jurisprudencia*, de Jaime Couso y Héctor Hernández (Santiago: Abeledo Perrot – Legal Publishing, 2011), 372. En ese sentido, apoya esta tesis por ejemplo Mario Garrido. *Derecho Penal. Parte General*. Vol. II. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009), 432-433.

<sup>111</sup> Balmaceda, “Comunicabilidad...”, p.59-60.

<sup>112</sup> Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, p.211.

<sup>113</sup> Héctor Hernández, “Comentario...”, p.372. Al respecto el autor señala: “La primera posición [comunicabilidad extrema], muy minoritaria en la literatura pero dominante en la jurisprudencia respecto de la mayoría de los delitos especiales (sobre todo de los delitos funcionarios) con la excepción del parricidio, mantiene un respeto a ultranza al principio de la "unidad o indivisibilidad del título", conforme al cual los partícipes deben responder

- b) Principio de accesoriedad: La calificación del delito estaría establecida por el autor del mismo, puesto que la conducta del *extraneus* no tendría sentido si no se tomara en consideración la conducta principal del *intraneus*, conducta a que precisamente estaría accediendo.<sup>114</sup> Este principio, que tendría aplicación para el caso de la complicidad y el encubrimiento, estaría reconocido en los artículos 51 y siguientes del Código Penal, y regulan la penas de los cómplices y encubridores conforme a la pena señalada para el autor del delito.<sup>115</sup>
- c) Solidaridad psicológica con el autor: como el partícipe es moral y psicológicamente solidario con el actuar del empleado público, existiría un mayor reproche para el *extraneus* que actúa en el delito del cualificado. Esto se reconoce al aplicarle el tipo penal especial, que es de mayor gravedad que el tipo penal común que eventualmente debiera concurrir.<sup>116</sup>
- d) Finalidad en la ley: como los bienes jurídicos protegidos en los delitos especiales reclaman una mayor protección que los delitos comunes, se considera una sanción más severa en el caso de los primeros, incluso para aquellas personas o terceros que no revistan la calidad especial exigida por el tipo penal.<sup>117</sup> En ese sentido, podríamos argumentar que la aplicación de dicha idea al delito de fraude al fisco implicaría que, a pesar de que la ley señala como sujeto activo a aquel que ostenta la calidad de empleado público, en virtud de la importancia del bien jurídico protegido que es el correcto desempeño de la función pública, quedarían considerados bajo una

---

siempre exactamente por el mismo concepto por el que responde el autor, con la única condición, como es obvio, de que hayan conocido la concurrencia de la circunstancia personal, aunque ésta no concorra en ellos.”

<sup>114</sup> Ossandón, “Sobre la calidad de empleado público...”, p.17.

<sup>115</sup> Balmaceda, “Comunicabilidad...”, p.61.

<sup>116</sup> Ossandón, “Sobre la calidad de empleado público...”, p.17. Citando a Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, p.215.

<sup>117</sup> Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, p.212-215.

hipotética sanción por el mismo delito, aquellos terceros particulares que no posean la cualidad especial exigida por la norma penal.

- e) Imputación por el propio dolo: si un *extraneus* interviene en un delito especial y existe dolo de su parte para la comisión de dicho delito, deberá responder precisamente por aquello que su dolo abarca.<sup>118</sup> Ejemplo de esto es el caso de aquel sujeto *extraneus* que colabora con el autor, sabiendo que el segundo va a matar a su propio padre. En este suceso, deberá responder por el delito de parricidio, mientras que si no mediara este dolo, responderá por el delito base o común.<sup>119</sup>

### III. Incomunicabilidad limitada

La tesis de la incomunicabilidad limitada, que posee mayoría doctrinaria,<sup>120</sup> sostiene que en primer término, se debe distinguir entre delitos especiales impropios (aquellos en que la cualidad especial personal no es el fundamento del injusto, sino que sólo gradúa la pena) y delitos especiales propios (aquellos en que la cualidad especial personal es el fundamento del delito).<sup>121</sup>

En segundo lugar, podríamos decir que para los delitos especiales impropios rige la incomunicabilidad, en tanto el *intraneus* responde por el delito especial, mientras que el *extraneus* por el delito común aplicable respectivamente.<sup>122</sup> Esto sería así ya que los delitos especiales impropios serían una figura agravada del delito base, por lo que la circunstancia

---

<sup>118</sup> Ossandón, "Sobre la calidad de empleado público...", p.18.

<sup>119</sup> Garrido, *Parte General*, p. 432-433.

<sup>120</sup> Por ejemplo, adhieren a esta idea, Enrique Cury, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005), 646; Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal. Parte General. Vol. II.* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997), 81-85; Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, p.210 y ss.; Grisolia, "La comunicabilidad...", p. 22 y ss.; y Sergio Politoff, Jean Matus y María Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile; 2005), 425.

<sup>121</sup> Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, p.216.

<sup>122</sup> Balmaceda, "Comunicabilidad...", p.64-65.

especial debe ser considerada como agravante de responsabilidad penal al *extraneus*<sup>123</sup> por aplicación del art. 64 CP. De esta forma, en la línea del mismo artículo, que consagra la incomunicabilidad de estas cualidades, no se comunicarían finalmente al *extraneus*, y por ende, simplemente respondería por el delito base.<sup>124</sup> Como se sugiere, en este caso no existiría la imputación por el mismo dolo, ya que éste además del conocimiento, requiere voluntad de realizar el tipo; entonces, no se podría entender cómo el *extraneus* podría concretar la realización en el hecho de una cualidad (funcionario público) que no le pertenece.<sup>125</sup>

En el caso de los delitos especiales propios rige plenamente la comunicabilidad, de modo tal que el *extraneus* también responde por el delito especial propio. Siguiendo la idea del párrafo anterior, los delitos especiales propios no quedarían comprendidos dentro del ámbito de aplicación del art. 64 del Código Penal, ya que éste último solo hace alusión a circunstancias modificarías de la responsabilidad penal y no a elementos que fundamentan el ilícito; por tanto, dicho artículo no restringiría una posible comunicabilidad de la calidad especial hacia el *extraneus* en esta clase de delitos (especiales propios).<sup>126</sup>

En otras palabras, como la calidad especial del *intraneus* de los delitos especiales impropios posee la naturaleza de ser una agravante de responsabilidad, si les sería plenamente aplicable lo expuesto en el inciso primero del art. 64, no pudiendo regir, en consecuencia, la comunicabilidad de la calidad especial del *intraneus* al *extraneus* según lo dispuesto en el tenor literal de dicho artículo. En contrapartida, la calidad especial del *intraneus* en los delitos especiales propios tendría una naturaleza relacionada más bien con ser un elemento integrante del tipo o fundamento del mismo tipo delictual; así pues, para este caso específico, no se le

---

<sup>123</sup>En ese sentido, Grisolia señala que el Art. 64 inc.1° de nuestro Código Penal es plenamente aplicable cuando una "circunstancia" (calidad funcionaria) ha sido incorporada a una descripción típica. Grisolia, "La comunicabilidad...", p.29. Asimismo, Ossandón Widow señala que, aunque técnicamente se pueda distinguir entre elementos y circunstancias, concibiendo los primeros como aquellas circunstancias modificatorias que han sido incorporadas en los tipos, nuestro legislador no realiza distinción alguna entre estas expresiones. Ossandón, "Sobre la calidad de empleado público...", p.21.

<sup>124</sup> Balmaceda, "Comunicabilidad...", p.65.

<sup>125</sup> Cury, *Parte General*, p.646

<sup>126</sup> Ossandón, "Sobre la calidad de empleado público...", p.22.

podría aplicar la incomunicabilidad establecida por el art. 64 de las circunstancias atenuantes y agravantes, y como no está dentro de su ámbito de aplicación, nada impediría que no se pudieran comunicar.

Hernández, a propósito de esta distinción sobre en qué situaciones opera la comunicabilidad, plantea una manera de dilucidarlo en el caso de los delitos especiales propios al sugerir la supresión de la circunstancia (la calidad especial del *intraneus*) y ver si la figura sigue siendo un delito. De esta forma, si no sigue existiendo el delito (es decir, si es un delito especial propio), la cualidad especial se comunica a todos los partícipes, porque es el único título posible y el *extraneus* no podría ser coautor ejecutor, pero sí inductor o cómplice.<sup>127</sup>

Apoyando la tesis de la incomunicabilidad limitada, Politoff, Matus y Ramírez sostienen que en los delitos especiales propios existiría una prohibición “*erga omnes*” de contribuir a que el sujeto especialmente obligado infrinja su deber.<sup>128</sup> Continúan arguyendo que el sujeto que participa en el hecho del que porta ese deber (*intraneus*), conociendo su calidad de tal, ha de responder por su participación en el hecho ajeno por el mismo título que su autor, pues también ha colaborado a que éste infrinja su especial deber.<sup>129</sup>

Entre algunos de los principales argumentos que sostienen la tesis de la incomunicabilidad limitada encontramos:

- a) Aplicación del artículo 64 del Código Penal a los delitos especiales impropios: Ossandón Widow advierte que, aunque se pueda distinguir técnicamente entre elementos y circunstancias, concibiendo los primeros como aquellas circunstancias modificatorias que han sido incorporados en los tipos, nuestro legislador no realiza

---

<sup>127</sup> Hernández, “Comentario...”, p.376.

<sup>128</sup> Hernández, “Comentario...”, p.375. Citando a Politoff, Matus y Ramírez, *Parte Especial*, p. 425.

<sup>129</sup> Politoff, Matus y Ramírez, *Parte General*, p.425.

distinción entra estas expresiones.<sup>130</sup> Inclusive la Comisión Redactora del Código Penal Chileno habría utilizado indistintamente el concepto “circunstancia”.<sup>131</sup>

Por tanto, volviendo a lo esgrimido anteriormente, resulta lógico concluir que el artículo 64 es aplicable al caso de los delitos especiales impropios, ya que si se interpreta en un sentido amplio, la calidad especial del sujeto cualificado exigido por el tipo penal puede considerarse perfectamente como una circunstancia agravante. Siguiendo el mismo razonamiento, en los delitos especiales propios no es aplicable el artículo mencionado, ya que en este caso la calidad especial es fundamento del injusto y no una circunstancia agravante por sí.

- b) Evitar impunidad del *extraneus* en los delitos especiales propios: La solución esgrimida para el caso de los delitos especiales propios, al permitir la comunicabilidad de la calidad especial del *intraneus*, nos permite evitar una laguna de impunidad en el *extraneus*, ya que en estos delitos no existe una figura penal subyacente.<sup>132</sup> En ese sentido Cury apoyaría notablemente esta posición al señalar: ***“Desde el punto de vista material, por otra parte, la incomunicabilidad extrema provoca lagunas de punibilidad que actualmente no me parecen defendibles. No es posible ignorar el injusto que encierra la conducta del que dolosamente colabora con el juez en la redacción y fundamentación de la sentencia contraria a la ley expresa y vigente, o la del que instruye a sabiendas al testigo para que preste una declaración mendaz. A mi juicio, este aspecto de la cuestión es decisivo”***.<sup>133</sup>
- c) Justicia material: En el caso de los delitos especiales impropios, si se aplicara la tesis de la comunicabilidad extrema, nos encontraríamos ante el problema de que al

---

<sup>130</sup> Ossandón, “Sobre la calidad de empleado público...”, p.21.

<sup>131</sup> Balmaceda, “Comunicabilidad...”, p.65.

<sup>132</sup> Cury, *Parte General*, p.646. Citando a Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal. Parte Especial* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998), 84-86.

<sup>133</sup> Cury, *Parte General*, p.647. [énfasis agregado].

*extraneus* se le condenaría por un delito cuya sanción sería mayor que si hubiera realizado el hecho por sí mismo<sup>134</sup> al aplicársele la figura típica penal común. En ese sentido, consideramos que si el legislador quiso establecer una mayor sanción para aquel sujeto que detenta una calidad especial, no tiene sentido aplicarle la misma para aquel que no la ostenta. Grisolíá, al abordar los delitos funcionarios, reafirma lo anteriormente esgrimido, al señalar que lo único que aumentaría la cantidad de ilicitud, es el deber de fidelidad que tiene el funcionario público para con la administración, deber que no tiene relación con el particular.<sup>135</sup>

- d) Principio de unidad en relación con el hecho: Esta idea plantea que la incomunicabilidad para el caso de los delitos especiales impropios no entra en tensión con el principio de indivisibilidad del título,<sup>136</sup> puesto que éste debe entenderse respecto del hecho en sí y no del delito en particular. Es decir, cabe señalar que no debe confundirse una supuesta pero inexistente “unidad del delito” con la “unidad del hecho” en el que se participe.<sup>137</sup> Podemos considerar entonces, que lo propuesto por esta idea es contraria a lo planteado en la tesis de la comunicabilidad extrema a propósito de los delitos especiales impropios, ya que si este principio dice relación más bien con el hecho cometido, no habría problema alguno en considerar una calificación jurídica diversa para un sujeto *intraneus* que puede responder por el delito especial propio y para un *extraneus* que lo hace por el delito especial común respectivo, configurándose en definitiva la incomunicabilidad para este último caso en particular.

- e) Principio de accesoriadad al hecho: Siguiendo la idea planteada en el párrafo anterior, este principio se aplica también al hecho cometido, que obviamente puede ser susceptible de diversas valoraciones o calificaciones jurídicas. En ese sentido

---

<sup>134</sup> Ossandón, “Sobre la calidad de empleado público...”, p.22. Citando a Enrique Gimbernat, *Autor y cómplice en Derecho Penal* (Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2006), 243.

<sup>135</sup> Grisolíá, “La comunicabilidad...”, p.27.

<sup>136</sup> Ossandón, “Sobre la calidad de empleado público...”, p.19.

<sup>137</sup> Grisolíá, “La comunicabilidad...”, p.24.



cabe recordar los artículos 15<sup>138</sup> y 16 CP<sup>139</sup> que se refieren a la participación en un “*hecho*” de los sujetos autores y cómplices, lo cual implica que no se participa en el delito en sí, sino en el hecho.<sup>140</sup> Entonces, nuevamente habrá que distinguir sobre qué tipo de delito especial se trate, ya que para el caso de los delitos especiales impropios que poseen un delito base, dependiendo de las circunstancias personales que rodeen a cada persona, se valorará el hecho común,<sup>141</sup> pero estableciéndose una responsabilidad penal distinta para el *intraneus* y *extraneus*, derivada del delito especial y del delito base. En sentido contrario, en el caso de los delitos especiales propios, tanto *intraneus* como *extraneus* responderán penalmente según el tipo penal especial.<sup>142</sup>

#### IV. Incomunicabilidad extrema

La tercera tesis, que según Hernández no tendría una posición destacada en nuestra jurisprudencia, pero si en nuestra doctrina,<sup>143</sup> plantea que mientras no exista norma expresa que solucione el problema de la comunicabilidad en los delitos especiales, las calidades personales nunca podrán comunicarse al *extraneus*; vale decir, éste último solo deberá responder si es que existe un delito común base.<sup>144</sup> En sentido similar, Ossandón Widow complementa al señalar que el eje central que subyace esta idea, es que en los delitos especiales, en general, quien carece de la calidad especial exigida por el tipo no puede ser imputado por ese título.<sup>145</sup> También apoya

---

<sup>138</sup> Artículo 15 Código Penal: “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.”

<sup>139</sup> Artículo 16 Código Penal: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.”

<sup>140</sup> Grisolia, “La comunicabilidad...”, p.20.

<sup>141</sup> Ossandón, “Sobre la calidad de empleado público...”, p.20.

<sup>142</sup> Ossandón, “Sobre la calidad de empleado público...”, p.20.

<sup>143</sup> Hernández, “Comentario...”, p.377. A modo de ejemplo, apoyan esta idea Alex Van Weezel, “El sujeto activo en el delito previsto en el artículo 97 N°4 inciso 2° del Código tributario, *Semana Jurídica* (2008): 1166 y Marcelo Hadwa, “El sujeto activo en los delitos tributarios y los problemas relativos a la participación criminal,” *Política Criminal* (2007): 14.

<sup>144</sup> Hernández, “Comentario...”, p.377.

<sup>145</sup> Ossandón, “Sobre la calidad de empleado público...”, p.22.

expresamente esta tesis Hadwa al indicar que “ (...) *creemos que sólo en los delitos especiales propios, en que el sujeto activo es titular de un especial deber, resultaría atendible establecer algún tipo de atenuación de la pena para el partícipe no cualificado, y en el evento que una legislación particular –como la nuestra- no prevea una norma especial para distribuir la responsabilidad penal entre quienes poseen la cualidad especial y quienes no la poseen, la única solución posible orientada a evitar violentar el principio de proporcionalidad, sería declarar sin más la impunidad del partícipe no cualificado*”.<sup>146</sup>

Las ideas que sostienen a esta posición concuerdan en gran medida con las que sustentan la tesis de la comunicabilidad limitada, pero en este caso se extiende también a un ámbito de aplicación en los delitos especiales propios.<sup>147</sup> Entre sus argumentos se destacan:

- a) Justicia material: Ossandón Widow señala que la tesis de la incomunicabilidad limitada representa una incoherencia valorativa, en el sentido de que al *extraneus* se le castiga por el mismo título que al *intraneus* en los delitos especiales propios, juzgándosele a ambos con el mismo parámetro, a pesar de que en el tercero particular no concurren las circunstancias que fundamentan el ilícito.<sup>148</sup>
  
- b) Calificación distinta para un mismo hecho: Esta idea, presentada también en la tesis de la incomunicabilidad limitada, la desarrolla Cury al afirmar que es posible que un mismo hecho puede ser calificado jurídicamente de diversas maneras, ya que por ejemplo, eso es precisamente lo que ocurre en el caso del concurso ideal de delitos establecido en el art. 75 de nuestro Código Penal.<sup>149</sup> Este argumento en definitiva, es una crítica a la idea del principio de unidad o indivisibilidad del título de imputación esgrimida en el caso de la teoría de la comunicabilidad extrema, en el que se sugiere que ante un único hecho cometido, éste no puede ser considerado jurídicamente de

---

<sup>146</sup> Hadwa, “El sujeto activo...”, p.14. [énfasis agregado].

<sup>147</sup> Ossandón, “Sobre la calidad de empleado público...”, p.22.

<sup>148</sup> Ossandón, “Sobre la calidad de empleado público...”, p.22.

<sup>149</sup> Cury, *Parte General*, p.231.

diferente manera para cada uno de los intervinientes, y entonces, inevitablemente se debería producir la comunicación de las calidades especiales.

- c) Consideraciones teleológicas sobre la naturaleza del injusto: esta idea implica que cada concurrente debiese ser castigado en virtud de la naturaleza del injusto que ha incurrido, en el cual no se pueden materializar circunstancias personales que no se presentan en el sujeto.<sup>150</sup>
- d) Respeto por la legalidad: En nuestra legislación no existe regla alguna que expresamente resuelva el problema de la punibilidad para los *extraneus* en el caso de los delitos especiales.<sup>151</sup> En esa misma determinación, no resulta coherente con el principio de legalidad ignorar lo mencionado con anterioridad a fin de evitar una impunidad al *extraneus*. Cury advierte esto, ya que al apoyarse en la interpretación de la ley, específicamente en el art. 64 CP, considera que si el legislador en ese artículo no ha querido que se comunicaran las circunstancias agravantes o atenuantes, no había razón para otorgarlas para aquellas que fundamentan el ilícito.<sup>152</sup> Apoya fervientemente esta consideración, el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico existen delitos especiales propios que contienen específicos supuestos de responsabilidad para el *extraneus* partícipe en éstos. A modo de ejemplo, encontramos el artículo 150A de nuestro Código Penal que regula el caso de aquel funcionario público que comete torturas<sup>153</sup> y que al respecto del tercero partícipe señala: ***“La misma pena se aplicará al particular que, en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, ejecutare los actos a que se refiere este artículo”***.<sup>154</sup> Entonces, si en nuestra legislación solamente existen casos en que expresamente de manera especial o específica se regula la punibilidad del *extraneus* en ciertos delitos

---

<sup>150</sup> Cury, *Parte General*, p.232.

<sup>151</sup> Ossandón, “Sobre la calidad de empleado público...”, p.23.

<sup>152</sup> Cury, *Parte General*, p.232.

<sup>153</sup> Hernández, “Comentario...”, p.379.

<sup>154</sup> [énfasis agregado].

especiales, se deduce que la regla general, que nuestra normativa no permite la comunicabilidad de la calidad especial de sujeto activo hacia el *extraneus*.

- e) Arbitrariedad en la distinción entre delitos especiales propios e impropios: Van Weezel señala que si el criterio para la comunicabilidad de la calidad especial al *extraneus* está configurado en virtud de si existe o no un delito común o base, la comunicabilidad quedaría entregada a la eventualidad de las distintas técnicas legislativas del derecho penal.<sup>155</sup> Esto conlleva además una enorme inseguridad, dado que se podría discutir sobre el carácter propio o impropio de los delitos.<sup>156</sup> En ese sentido podríamos advertir también por ejemplo, el problema señalado en el capítulo anterior sobre la definición del delito base o común del tipo penal de fraude al fisco (a modo de rememoración, se discute si sostener que éste último delito es una forma agravada de estafa o de administración desleal),<sup>157</sup> o inclusive si eventualmente se llegara a plantear que el fraude al fisco es un delito especial propio que no tiene derechamente asociado un delito base. A nuestro juicio este no es un problema menor, ya que además traería una dificultad añadida para determinar la punibilidad del *extraneus* cuando concurra el delito tipificado en el art.239 CP.

## V. Toma de postura

Ya habiéndonos referido a las distintas tesis que abordan la comunicabilidad y el problema de la punibilidad del *extraneus* partícipe en un delito especial, cabe preguntarnos cuál de éstas es la más indicada para su aplicación en el delito especial de fraude al fisco. Como vimos, estas teorías de la comunicabilidad ofrecen distintos tratamientos para el tercero particular partícipe en un delito especial. La teoría de la comunicabilidad absoluta plantea una comunicabilidad de la calidad especial del sujeto cualificado en todos los casos; es decir, dicha

---

<sup>155</sup> Van Weezel, "El sujeto activo...", p.1166.

<sup>156</sup> Ossandón, "Sobre la calidad de empleado público...", p.22.

<sup>157</sup> Van Weezel, "El sujeto activo...", p.1166.

calidad se comunica al *extraneus* tanto si se tratare de un delito especial propio como de uno impropio. En el caso de la incomunicabilidad relativa, dicha trasmisión de la calidad especial solo procederá mientras se trate de un delito especial propio, mientras que si concurriese un tipo penal impropio, al *extraneus* no se le comunicará tal calidad y tendrá que responder por el delito base o común. Por último, en el caso de la incomunicabilidad extrema, se asume que tanto si se tratare de un delito especial propio como uno impropio, en ningún caso se le transmitirá la cualidad especial al *extraneus* partícipe en estos delitos. Adelantamos que nuestra posición va en concordancia con la tesis de la incomunicabilidad extrema, por los argumentos que sostendremos a continuación.

Debemos precisar en primer lugar nuestro rechazo a la tesis de la comunicabilidad extrema, cuyas críticas en gran parte han sido recogidas por las ideas de la incomunicabilidad relativa e incomunicabilidad extrema. En ese sentido Grisolía, de manera acertada, esgrime algunas de éstas, como recapitulación, a la primera tesis se le crítica la idea de la unidad del título, ya que el mencionado autor afirma que no se debe confundir el concepto de “*unidad del delito*” y el de “*unidad del hecho*”, permitiendo esta última una diversidad de calificaciones jurídicas según sea el caso.<sup>158</sup> Además, el mismo autor estima que la incomunicabilidad no entraría en tensión con el principio de accesoriedad, ya que esta última es establecida en el hecho cometido y no en el delito, por tanto, sería susceptible también de valoraciones diversas.<sup>159</sup> Además en relación a la accesoriedad, Cury advertiría en relación a los delitos especiales impropios que “*la accesoriedad de la participación respecto de la autoría no puede llegar tan lejos que implique extender al partícipe las consecuencias, gravosas o beneficiosas, de circunstancias personales que concurren sólo en el autor*”.<sup>160</sup> Continúa aduciendo que -a propósito del delito de parricidio- en ese caso, parece injusto castigar al *extraneus* por el delito especial propio con un mayor disvalor sancionatorio, ya que si este tercero particular hubiera sido autor, se le castigaría por el delito base o común y con una menor sanción aparejada.

---

<sup>158</sup> Grisolía, “La comunicabilidad...”, p.24.

<sup>159</sup> Grisolía, “La comunicabilidad...”, p.26.

<sup>160</sup> Cury, *Parte General*, p.643. [énfasis agregado].

En relación con la supuesta solidaridad psicológica del *extraneus* con el *intraneus*, la idea resulta insostenible ya que el único deber violado que aumenta la cantidad de ilicitud es el deber de fidelidad del funcionario para con la Administración, deber que en nada atañe al tercero.<sup>161</sup> En ese sentido resulta interesante el ejemplo del artículo 250 de nuestro Código Penal a propósito del delito de soborno, que es reflejo claro de la intención de nuestro legislador de colocar en distintos niveles de reproche al funcionario público y al particular. Esta particularidad resulta sumamente clarificadora, considerando que a pesar de que las actuaciones de ambos sujetos tienen la misma relevancia para el delito en cuestión, se le impone una pena mayor al funcionario público.<sup>162</sup> Asimismo, debemos tener presente lo señalado precedentemente, al abordar la tesis de la comunicabilidad extrema, sobre el respeto al principio de legalidad. Como se mencionó, no existe regla general expresa en nuestro ordenamiento jurídico que resuelva el asunto de la punibilidad del *extraneus* en los delitos especiales, cuestión comprobada al verificar la existencia de solamente ciertos delitos especiales donde se regula específicamente esta circunstancia. A modo de ejemplo, se mencionó lo dispuesto en el art. 150 A CP que regula el delito de tortura cometido por un funcionario público y en donde se contempla especialmente una sanción al *extraneus* partícipe. Y en esa tendencia, a nuestro juicio, para aquellos casos en que no existan regulaciones o sanciones especiales expresas para la punibilidad del *extraneus* en el caso del tipo penal objeto de estudio, no nos podríamos ceñir a la finalidad de la ley para poder fundamentar a falta de este vacío el castigo a este tercero extraño, ya que si así fuera el caso, no tendría sentido la existencia de regulaciones específicas de punibilidad al *extraneus* en delitos especiales, como el caso del art.150 A CP anteriormente mencionado.

Para el caso de la comunicabilidad limitada, nosotros defendimos dicha postura solo en el ámbito de los delitos especiales impropios; vale decir, concordamos en la imposibilidad de transmisión de la calidad especial en esta clase de delitos, por los mismos argumentos señalados anteriormente que criticaban la tesis de la comunicabilidad extrema. Además, consideramos como sustento el hecho de que el artículo 64 consagra la comunicabilidad de las circunstancias agravantes y atenuantes. Por ende, como en los delitos especiales impropios

---

<sup>161</sup> Grisolia, "La comunicabilidad...", p.27.

<sup>162</sup> Grisolia, "La comunicabilidad...", p.27-28.

la calidad especial del sujeto cualificado se entendería como circunstancia agravante, no podría transmitirse.

Sin embargo, no compartimos la misma visión para el ámbito de los delitos especiales propios. Si bien existen argumentos sensatos que buscan evitar una impunidad del *extraneus* a través de la transmisión de la calidad especial a éste, consideramos que en virtud del principio de legalidad, al cual adherimos anteriormente, no es posible considerar la incomunicabilidad limitada como herramienta a aplicar al *extraneus* en el caso de los delitos especiales propios. Todo esto a pesar de que nuestra postura implique efectivamente dejar todavía pendiente el problema de la punibilidad. Esto se debe a una deficiencia de nuestra legislación y cuya solución cabe al legislador mediante la introducción de una regla general que solucione este fenómeno en términos generales, o bien por ejemplo se refiera particularmente a la comunicabilidad en el delito especial de fraude al fisco específicamente. En esa línea, como se indicó en el capítulo segundo, existe en la legislación comparada cánones que superan esta dificultad al adoptar soluciones expresas de atenuación para el *extraneus*, como el caso español y alemán.

De igual manera, debemos realizar la prevención de que, para el caso de los delitos especiales impropios, el castigo asociado al tipo penal base o común sigue siendo una idea no exenta de dificultades, específicamente para el caso del tipo penal del art. 239 CP. Como se desarrolló previamente, no existe actualmente consenso pleno o total en la doctrina respecto a si el tipo penal del artículo 239 CP correspondería a una forma agravada del delito de estafa, ya que, si bien tradicionalmente se había sostenido en este sentido, en el último tiempo ha nacido la posición doctrinal de considerar más bien como delito base del de fraude al fisco el de administración desleal, tomando además en consideración su consagración legal relativamente reciente. Por tanto, se entenderá como resultado que su aplicación no será del todo pacífica, pudiendo generar cierta inseguridad y/o incerteza jurídica. Aunque nuestros tribunales de justicia eventualmente puedan subsanar estas circunstancias a través del desarrollo de la jurisprudencia, seguirá siendo preferible a nuestro juicio, para evitar toda incerteza y como solución definitiva y armónica, la creación de una norma expresa que resuelva la cuestión de la punibilidad del *extraneus*.

## 5. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo de investigación, se hizo una revisión del delito objeto de estudio de fraude al fisco contenido en el artículo 239 de nuestro Código Penal. Al efecto se revisaron las características generales de este tipo penal especial, en donde se señalaron los elementos constitutivos de éste. A modo de recapitulación, se pudo entender que en este delito, el cual está encasillado en la categoría de delitos funcionarios, el bien jurídico protegido sería el correcto desempeño de la función pública, cuya violación obedece al incumplimiento del funcionario público de velar y proteger los intereses patrimoniales del Estado.

Con relación al tipo objetivo en este delito, resulta sumamente clarificador el tenor literal del mismo artículo 239 CP, en éste se señala como sujeto activo aquel empleado público que en las operaciones que tuviera en razón de su cargo, defraudare o consintiere en que se defraude al Estado, pudiendo causarle ya sea una pérdida o privándolo de un lucro legítimo.

Ahora bien, haciendo un desglose del mismo tipo objetivo, pudimos entender que el sujeto activo exigido en el delito de fraude al fisco es aquel que posee la calidad especial de “empleado público”. Sin embargo, no bastaba con la mera concurrencia de un funcionario público, sino que su participación en dicho delito debe haber sido en una operación en “razón de su cargo”, vale decir, se necesita que el empleado público, intervenga bajo las competencias necesarias para realizar dichas actuaciones. Si acaeciere la concurrencia de un sujeto que no posea esta calidad especial, estaríamos justamente ante la presencia de un *extraneus*. Para el caso del sujeto pasivo, resulta ser bastante sencilla su delimitación, en el hecho de que el perjuicio cometido contemplado en el tipo penal del art. 239 CP se realiza en contra de la administración pública o el Estado, al cual se le produce una pérdida o se le priva de un lucro legítimo.



En lo referido a la conducta típica de este delito, fue importante señalar el alcance de la palabra “operaciones” contenida en el tipo penal objeto de estudio. Al respecto, y tal como se señaló en el presente trabajo, ésta podía entenderse como cualquier clase de negocio, contrato o actividad económica entre el Estado o un particular, y en el que evidentemente participara un empleado público en virtud de su cargo teniendo competencias para ello.

Sobre el tipo subjetivo, tal y como se deduce del tipo penal, la defraudación solo puede ser cometida con dolo directo, descartándose la posibilidad de comisión de forma culposa e incluso a través del dolo eventual. Y como bien se mencionó, hay parte de la doctrina que considera que no debiese considerarse un especial ánimo de lucro por parte del sujeto activo en este ilícito.

Se desarrolló la idea de que el delito de fraude al fisco estaría incluido dentro de la denominada categoría de “delitos especiales”, que son aquellos delitos cuyo sujeto activo solo puede ser aquel que reúna determinadas cualidades especiales, siendo para el caso del delito estudiado, la exigencia de ser empleado público. Dicho planteamiento, nos da un indicio del problema de investigación, en el sentido de que no existe certeza preliminar sobre que sucede en relación a la punibilidad del *extraneus* partícipe (aquel sujeto que no reúne la calidad especial exigida en el tipo penal) en este tipo de delitos.

Se desarrolló la categoría de delitos especiales, al señalar que estos delitos, se pueden subclasificar en delitos especiales propios e impropios. Los primeros son aquellos en que la cualidad especial del sujeto activo tiene relación con la existencia misma del delito, en ese sentido, faltando dicha calidad el hecho sería atípico. Los delitos especiales impropios serían aquellos en que la calidad especial exigida en el sujeto activo tiene como función el de agravar o atenuar la pena, en este caso, existiría un correlativo delito base o común que se le puede aplicar a aquel partícipe que no reúna la cualidad especial exigida en el delito especial impropio.

Cabe a tener en consideración que el tipo penal de fraude al fisco se entiende bajo la categoría de los delitos especiales impropios, existiendo disenso reciente en la doctrina sobre si el delito base o común sería el tipo penal de estafa o el de administración desleal. También, este delito podría determinarse bajo la conceptualización de los delitos de infracción al deber, dichos delitos son aquellos que solo pueden ser cometidos por determinadas personas portadores de un deber especial, por ejemplo, los funcionarios públicos. Si bien, esta última idea podría parecer resultar útil para determinar la autoría en los delitos cometidos por funcionarios públicos, encontraría certeras críticas que dicen relación con que los deberes especiales contenidos en estos delitos pueden ser difusos o sufrir de vaguedad, y en definitiva pondrían en peligro el respeto al principio de legalidad. O también, que perfectamente los problemas de autoría y participación pueden ser resueltos con las categorías de delitos comunes y especiales, prescindiendo de la teoría de delitos de infracción de deber.

Una vez desarrollado eso, se analizaron las distintas teorías de la comunicabilidad que ha sostenido nuestra doctrina, las cuales se han desarrollado a partir del art. 64 del CP. En ese aspecto, se analizó la teoría de la comunicabilidad extrema. Esta teoría indica que la calidad especial de ser funcionario público exigida en el delito de fraude al fisco se comunica hacia al *extraneus*, tanto en los delitos especiales propios como impropios. Apoyan esta tesis, ideas relativas al principio de unidad o indivisibilidad del título de imputación, al principio de accesoriedad, a la solidaridad psicológica con el autor, a la finalidad de la ley y a la imputación por el propio dolo.

A su vez, la teoría de la incomunicabilidad limitada planteaba de manera similar a la primera teoría, la idea de que se puede transmitir la calidad especial, pero en este caso solo en los delitos especiales propios, ya que para el caso de los impropios, se deberá condenar al *extraneus* bajo la figura del tipo penal base o común. Dicha diferencia de esta teoría con la idea de la comunicabilidad extrema, se explica con lo esgrimido en el art.64 CP, en relación a la incomunicabilidad de las circunstancias agravantes y atenuantes, ya que se entiende que dichas calidades especiales (por ejemplo la de ser funcionario público en el delito de fraude al fisco)

serían circunstancias agravantes de responsabilidad, y en consecuencia, comunicables en el caso de los delitos especiales impropios.

Por último, nos encontramos con la tesis de la comunicabilidad extrema, dicha teoría plantea que no es posible transmitir la calidad especial hacia el *extraneus* en los delitos especiales, tratándose tanto de delitos especiales propios como impropios. Encuentra fundamentación tal teoría en ideas que precisamente critican las dos teorías anteriores. En ese sentido, se señalan consideraciones de justicia material, la calificación jurídica distinta para un mismo hecho, consideraciones teleológicas sobre la naturaleza del injusto, el respeto por la legalidad y la arbitrariedad existente en la distinción entre delitos especiales propios e impropios. En virtud de los argumentos señalados en el presente trabajo, se aboga por la tesis de la comunicabilidad extrema.

Ya para el caso del delito de fraude al fisco, entendido éste como delito especial impropio, consideramos que aquel sujeto *extraneus* partícipe en el ilícito, no se le puede transmitir en ningún caso la calidad especial de funcionario público exigido en el tipo. En definitiva, no se le puede condenar por este delito y deberá hacerse por el delito común o base. Al respecto, como bien se señaló, la doctrina tradicional ha sostenido que es precisamente el delito de estafa su correlativo delito base, por ende, debería condenarse al tercero particular bajo este último ilícito. Sin embargo, como se mencionó, existe un sector en la doctrina reciente que manifiesta que sería precisamente la figura de la administración desleal la que tendría una naturaleza más similar al delito de fraude al fisco, y en definitiva su delito base. En esa consideración, y a pesar de que la discusión sobre si su delito común -ya sea estafa o administración desleal- pueda en cierta medida ser resuelta a través del desarrollo de nuestra jurisprudencia, creemos que la solución más efectiva para remediar el problema de la punibilidad del *extraneus* en el delito de fraude al fisco, sería la de crear alguna figura legal expresa, ya sea de manera general, o específica relacionada al art. 239 CP, que venga a consagrar una atenuación en la punibilidad para el *extraneus*, tal como se hace en otras legislaciones.

## 6. Bibliografía

- Balmaceda Hoyos, Gustavo. «Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al fisco.» *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2012.
- Balmaceda Hoyos, Gustavo. «La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco en el derecho penal chileno.» *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, 2014.
- . *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Santiago: Librotecnia, 2014.
- . *Manual Derecho Penal. Parte General*. Santiago: Librotecnia, 2014.
- Bofill, Jorge, Valeria Jelvez, y Sebastián Contreras. «Consideraciones sobre el nuevo delito de administración desleal en el derecho chileno.» *Revista Derecho & Sociedad*, n° 52 (2019): 59-77.
- Brahm, Jorge. «Jurisprudencia sobre malversación de caudales públicos.» Puerto Montt: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1947.
- Bustos Ramírez, Juan. *Derecho Penal. Parte General*. Primera. Santiago: Editorial Jurídica de Santiago, 2005.
- Caro John, José Antonio. «Sobre la autoría en el delito de infracción de deber.» *Derecho Penal y Criminología* 27, n° 80 (2006).
- Cury, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 8. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
- . *Derecho Penal. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- Editorial La Tercera. «Caso MOP-Gate: alcances políticos y repercusiones institucionales.» *La Tercera*, 19 de Abril de 2009.
- Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal Parte General*. Tercera. Vol. II. Santiago: Editoria Jurídica de Chile, 1997.
- . *Derecho Penal. Parte Especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- Etxebarria Zarrabeitia, Xabier. «Fraudes y exacciones legales.» En *Delitos contra la administración pública*, editado por Adela Asua Batarrita, 210. Gobierno Vasco - Eusko Jaurlaritza, 1997.
- Garrido, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- . *Derecho Penal. Parte General*. Vol. II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

- Gimbernat, Enrique. *Autor y cómplice en Derecho Penal*. Motevideo-Buenos Aires: B de F, 2006.
- Gómez Martín, Víctor. *Los Delitos Especiales*. Madrid: Edisofer S.L, 2006.
- Grisolía, Francisco. «La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude.» *Revista de Ciencias Penales* XXXIV, nº 1 (1975): 5.
- Hadwa, Marcelo. «El sujeto activo en los delitos tributarios y los problemas relativos a la participación criminal.» *Política Criminal*, nº 3 (2007): 1-18.
- Hernández, Héctor. «Comentario al artículo 14.» En *Código Penal comentado. Libro Primero ( Arts. I° a 105). Doctrina y Jurisprudencia*, de Jaime Couso y Héctor Hernández. Santiago: Abeledo Perrot - LegalPublishing, 2011.
- Hernández, Héctor. «La Administración desleal en el Derecho Penal Chileno.» *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2005: 201-258.
- Hernández, Héctor. «Problemas actuales de Derecho Penal.» De Enrique Cury, y otros. Universidad Católica de Temuco, 2003.
- Kindhäuser, Urs. «Infracción de deber y autoría - Una crítica a la teoría del dominio del hecho.» *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 14 (2011).
- Leiva López, Alejandro. «La comunicabilidad en el Derecho Penal Chileno a partir de su interpretación práctica. Mirada crítica a su formulación como "Principio del Derecho".» *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLIX (2017).
- Mañalich, Juan Pablo. «La malversación de caudales públicos y el el fraude al fisco como delitos especiales.» *Política Criminal* VII, nº 14 (2014).
- Márques, Álvaro, y Orlando González. «La coautoría: delitos comunes y especiales.» *Revista Diálogos de Saberes*, 2008.
- Matthei Schacht, Elisabeth, y Luis Emilio Rojas Aguirre. «Caso "MOP-GATE". SCS, 28/06/2016, Rol N°25378-2014.» En *Casos destacados Derecho Penal Parte Especial*, de Tatiana Vargas Pinto. Ediciones DER, 2018.
- Matus, Jean Pierre, y María Cecilia Ramírez. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Tercera. Tirant Lo Blanch, 2019.
- Mayer Lux, Laura. «El engaño concluyente en el delito de estafa.» *Revista Chilena de Derecho*, 2014: 1017-1048.
- Mayer Lux, Laura. «El patrimonio del estado como objeto de protección penal.» *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2007: 224-226.
- Mir Puig, Carlos. *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000.

- Náquira Riveros, Jaime. «Autoría mediata y tentativa.» *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXVI (2005).
- . *Derecho Penal Chileno. Parte General*. Primera. Thomson Reuters, 2015.
- Novoa Monreal, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Vol. II. Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Ossandón Widow, María Magdalena. «Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal.» *Política Criminal*, 2006.
- Ossandón Widow, María. «Sobre la calidad de empleado público en los delitos funcionarios y la punibilidad de quienes no la poseen.» *Revista Doctrina y Jurisprudencia penal*, n° 8 (2012).
- Oyanguren, Constanza. «El delito de Administración Desleal en Chile.» Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2019.
- Politoff, Sergio, Jean Pierre Matus, y María Cecilia Ramírez. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Segunda. Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- . *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- Robles Planas, Ricardo. *Garantes y Cómplices*. Primera. Atelier, 2007.
- Rodríguez, Luis, y María Ossandón. *Delitos contra la función pública*. Segunda. Valparaíso: Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Séptima. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- Rueda Martín, María Ángeles. «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública.» *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2001.
- Salinas, Ramiro. «La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios.» *Problemas Actuales de Política Criminal - Anuario de Derecho Penal 2015-2016*, 2018: 93-126.
- Toro Muñoz, Jorge. «Intervención en “razón de su cargo” del empleado público en el fraude al Fisco del artículo 239 del Código Penal (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota y Corte de Apelaciones de Valparaíso).» *Revista de Derecho (Valdivia)* XXXII, n° 1 (2019).
- Torres, William. «Autoría en los delitos de infracción de deber.» *XXVI Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, 2004: 79-101.
- Van Weezel, Alex. «El sujeto activo en el delito previsto en el artículo 97 N°4 inciso 2° del Código tributario.» *Semana Jurídica*, 2008.

Velarde Rodríguez, Jaime. «El principio de legalidad en el Derecho Penal.» *LEX - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política* XII, n° 13 (2014).

Welzel, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. Traducido por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.