

---

DOCTRINA

---

**ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA EN  
MATERIA DE APLICACIÓN DE LA TESIS DE  
COMUNICABILIDAD DE LA CIRCUNSTANCIA  
PERSONAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO**

**Departamento de Estudios<sup>1</sup>**

**I. Presentación**

El presente estudio tiene por objeto constatar el actual estado de la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema, entre los años 2001 y 2020, en materia de la aplicación del llamado principio de la comunicabilidad<sup>2</sup>.

En concreto, se trata de verificar el modo en que actualmente el Máximo Tribunal hace comunicable o no al *extraneus* el elemento del tipo de carácter personal que se da en el autor de los delitos especiales, denominado *intraneus*. En el caso que nos interesa, la calidad especial del sujeto calificado que abordaremos en este estudio está dada por la condición de funcionario público, por lo que se debe determinar si la misma se comunica a quien interviene en el hecho pero no posee tal calidad especial, caso en el cual éste debe ser sancionado por el mismo título de imputación de quien detenta la calidad de funcionario; o bien no se le comunica, y en ese evento debe ser sancionado por el delito común que corresponda. En caso de no existir un tipo penal común paralelo, la conducta no será punible.

- 
- 1 Informe del Departamento de Estudios preparado por la abogada del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado Sra. Ana Elena Brevis Lepe, revisado por la jefatura y por el Comité Penal.
  - 2 Se consultaron las siguientes bases de jurisprudencia: bases internas del Consejo de Defensa del Estado y del Ministerio Público, y externas de Thomson Reuters y Microjuris.

## II. Concepciones sobre la aplicación de la tesis de la comunicabilidad de la calidad especial del sujeto activo en los delitos funcionarios

Como sabemos, este tema no se encuentra resuelto en nuestro Código Penal –en adelante CP– por lo que ha sido la doctrina nacional quien ha elaborado distintas teorías que pretenden resolver su aplicación, las que describiremos brevemente<sup>3</sup>:

- a. Tesis de la incomunicabilidad extrema: Para un sector minoritario de la doctrina los elementos del tipo de carácter personal, como lo es la calidad de funcionario público, nunca se comunican a los partícipes, por lo que éstos deben ser sancionados por el delito común que corresponda y el autor por el delito especial. Lo anterior se sustenta en entender que si el CP en su artículo 64<sup>4</sup> establece la imposibilidad de comunicar las circunstancias modificatorias de responsabilidad, que inciden sólo en el quantum de la pena, con mayor razón debe entenderse que no puede comunicarse un elemento que fundamenta la existencia del injusto penal. Esta posición fue sostenida en una época por CURY<sup>5</sup>. Se le atribuye también a RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, GUZMÁN, HADWA y VAN WEEZEL<sup>6</sup>.

---

3 RODRÍGUEZ Collao, Luis; OSSANDÓN Widow, María Magdalena (2008). *“Delitos contra la función pública. Segunda Edición actualizada”*. Editorial Jurídica de Chile, pp. 128-130.

4 El art. 64 del CP dispone: *“Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.”*.

5 Posición sostenida en el año 1992. Posteriormente la abandonó, por las lagunas de punibilidad que generaba, en el caso de algunos delitos especiales impropios (CURY, 2005). En: RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2008), *Ob. cit.*, p. 128; HERNÁNDEZ Basualto, Héctor (2011) *“Comentario al artículo 14”*, en Couso Salas, Jaime - Hernández Basualto, Héctor (directores): *“Código Penal comentado. Parte General Doctrina y jurisprudencia”*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing, pp. 374-375.

6 Así, en HERNÁNDEZ (2011). *Ob. cit.*, pp. 377-378.

HERNÁNDEZ sostiene que esta teoría posee un escaso reconocimiento en la jurisprudencia nacional, no obstante ser creciente en la literatura<sup>7</sup>.

- b. Tesis de la comunicabilidad extrema o absoluta: Para otro sector, también minoritario de la doctrina, la calidad de funcionario público, en tanto elemento del tipo de carácter personal, se comunica siempre a los partícipes (en los que no concurre esta calidad especial), quienes deben responder penalmente por el mismo delito que el autor o *intrañeus*. Esta tesis se sustenta principalmente en dos aspectos: a) en que el CP, en el artículo 64, sólo estableció la regla de la incomunicabilidad en relación con las circunstancias modificatorias de responsabilidad<sup>8</sup>, por lo que la regla general que regiría debiera ser la contraria, esto es, la de la comunicabilidad; y b) en el principio de la unidad del título de imputación, conforme a la cual todos quienes intervienen en un hecho típico debieran ser sancionados por un mismo título. Esta posición fue sostenida por NOVOA y GARRIDO<sup>9</sup>.

Adicionalmente, el profesor NOVOA<sup>10</sup> sustenta su posición a favor de la comunicabilidad en la parte final de la regla 4ª del artículo 61 del CP, que ordena que cuando se señalan al delito penas copulativas comprendidas en distintas escalas, etc., se aplicarán unas y otras a todos los responsables, pero *“cuando una de dichas penas se impone al autor*

---

7 HERNÁNDEZ (2011). *Ob. cit.*, pp. 377 y ss. Algunas sentencias que darían aplicación a la teoría de la incomunicabilidad extrema según BALMACEDA serían: GJ N° 42, CA de Talca, 1983, p. 89; SCS 07/10/2002, Rol 3028-2002 [en este informe sostenemos que en realidad acoge tesis de la comunicabilidad limitada; SCS, 02/12/2009, Rol 7640-2008 [delito tributario. Citadas en BALMACEDA Hoyos, Gustavo (2012). En *“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 Sección: Estudios, Año 19 - N° 2, p. 58.

8 Ver cita N° 3 de este informe.

9 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2008), *Ob. cit.*, p. 128.

10 Ver en NOVOA Monreal, Eduardo. *“Curso de Derecho Penal Chileno. Parte general”*. Tomo II, Tercera Edición, año 2005. Editorial Jurídica de Chile, p. 213.

*de crimen o simple delito por circunstancias peculiares a él que no concurren en los demás, no será extensiva a éstos*". Es decir, señala el autor, el legislador aceptaría expresamente que, tratándose de un tipo delictivo que contempla circunstancias peculiares al autor que solo se presentan en él y que no concurren en los demás partícipes, se sancione el hecho punible respecto de todos los partícipes, conforme al texto legal dado para la actuación del autor, con la única modificación establecida en la regla 4ª del artículo 61, ya citado.

Para el profesor GARRIDO<sup>11</sup> es esencial considerar la subjetividad del partícipe, o sea, el dolo de su particular acción, así, los particulares (*extranei*) requieren haber intervenido subjetivamente, esto es, con pleno conocimiento de las circunstancias y voluntad de participar en los delitos especiales, tales como la malversación o prevaricación. Si no media ese dolo, señala el autor, las calificaciones de hurto, apropiación indebida o estafa y de impunidad en la prevaricación, son correctas.

Según HERNÁNDEZ, la doctrina en comento si bien es minoritaria, se consideraba hasta hace un tiempo dominante en la jurisprudencia respecto de la mayoría de los delitos especiales en los cuales se mantiene un respeto a ultranza al principio de la "*unidad o indivisibilidad del título*" (con excepción del parricidio). Según esta tesis, los partícipes deben responder siempre exactamente por el mismo concepto por el que responde el autor, con la única condición de que hayan conocido de la concurrencia de la circunstancia personal, aunque ésta no concorra en ellos<sup>12</sup>.

---

11 Ver en GARRIDO Montt, Mario. "*Derecho Penal. Parte General, Tomo II*". Segunda Edición, año 2001. Editorial Jurídica de Chile, pp. 330-333.

12 HERNÁNDEZ (2011). Ob. cit., pp. 372 y ss. Cita como ejemplos la SCS de 19/05/2008 en contra de C.C.L. y otros (Cita Westlaw Chile: CL/JUR/3/2008), SCS de 16/10/2006 en contra de J.P.D. y otros (Cita Westlaw Chile: CL/JUR/3250/2006). También véase la jurisprudencia sobre esta postura citada por BALMACEDA (2012). Ob. cit., p. 58: FM, N° 129, CS, 1969, p. 187; RDJ T. LVI Secc. IV, CA de Valparaíso, 1959, p. 110; RDJ, T. L, Secc. IV, CS, 1953, p. 24; RDJ, T. LXXXVI, Secc. IV, CS, 1989, p. 7; FM, N° 41, CS, 1962, p. 55; SCA de Concepción, 22/01/2009, Rol 392-2008; SCA de San Miguel, 01/09/2011, Rol 244-2011; SCS, 01/07/2008, Rol 638-2008, este último, en todo caso, se pronunció sobre un delito tributario.

- c. Tesis de la comunicabilidad limitada: Es la posición que en forma dominante ha adoptado la doctrina nacional, y para resolver el problema de la comunicabilidad distingue entre delitos especiales propios (aquellos en que la calidad especial exigida por el tipo sirve de fundamento para el injusto penal) y delitos especiales improprios (aquellos en que la calidad especial exigida por el tipo sirve sólo para atenuar o agravar la pena). Respecto de los primeros, que no tienen un tipo penal común paralelo, aplican la comunicabilidad de la calidad especial al *extraneus*, mientras que, respecto de los segundos, que tienen un tipo penal común paralelo, rige la regla de la incomunicabilidad de la calidad especial de que goza el autor, el *intraneus*. De este modo, el partícipe *extraneus* debe ser sancionado de acuerdo con el tipo penal común que corresponda. Esta posición fue sostenida por ETCHEBERRY, POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ<sup>13</sup>, GRISOLÍA, BUSTOS, BUNSTER, BULLEMORE, MACKINNON, CURY<sup>14</sup>, VARGAS, entre otros<sup>15</sup>.

La jurisprudencia, por su parte, ha recogido en parte esta posición, fundamentalmente a propósito del delito de parricidio, en que se castiga por ese título exclusivamente al *intraneus* y al *extraneus* a título de homicidio, aunque también se ha aceptado respecto de delitos funcionarios<sup>16</sup>.

---

13 Autores adscritos a esta teoría, según RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2008), *Ob. cit.*, p. 129.

14 Posición sostenida en el año 1992 por CURY. Posteriormente la abandonó, aludiendo a las lagunas de punibilidad que generaba dicha tesis, en el caso de algunos delitos especiales improprios (CURY, 2005). Ver cita N°4 de este informe.

15 Autores adscritos a esta teoría por BALMACEDA (2012). *Ob. cit.*, pp. 64-65.

16 Así lo señala HERNÁNDEZ (2011). *Ob. cit.*, p. 374 y ss.; OSSANDÓN Widow, María Magdalena (2012). “Sobre la calidad de empleado público en los delitos funcionarios y la punibilidad de quienes no la poseen”. En Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal N°8, p. 71. Véase SCA de San Miguel 09/08/1999, Rol 3417-1998; SCA de San Miguel 31/01/1990, Rol 2011-1988. Respecto de la aplicación en delitos funcionarios, ver SCA de Santiago 24/10/2011, Rol 900-2011, [sentencias referidas son citadas por BALMACEDA (2012). En *ob. cit.*, p. 59] y SCA Santiago de 28 de octubre de 2005, Rol 23.015-2001.

Bajo el paradigma de la tesis mayoritaria de la doctrina nacional, será esencial entonces definir si estamos frente a un delito especial propio o impropio.

Ahora bien, respecto de varios delitos funcionarios para la doctrina es claro que se trata de delitos especiales propios, pues no tienen un tipo común paralelo que sancione al *extraneus* que realiza el mismo hecho típico (paradigmáticamente la prevaricación, y también la malversación por aplicación pública diferente).

Sin embargo, está lejos de ser pacífico en la doctrina nacional el que delitos especiales tales como la malversación de caudales públicos, previsto en el artículo 233 del CP, y el de fraude al Fisco, en el artículo 239 del mismo cuerpo legal, se traten como delitos especiales impropios.

En efecto, un sector todavía minoritario en la doctrina nacional, recientemente, viene sosteniendo que los referidos delitos funcionarios son delitos especiales propios (MAÑALICH, BALMACEDA)<sup>17</sup>, debido a que la posición del destinatario de la norma cuyo quebrantamiento es delictivo sólo puede ser ocupada por una persona que exhibe el estatus de funcionario público, tal como éste se encuentra definido por el artículo 260 del CP.<sup>18</sup>

---

17 Así se sostiene expresamente respecto de la malversación de caudales públicos. En MAÑALICH R., Juan Pablo (2012). “*La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales*”. Polít. Crim. Vol. 7, N° 14 (diciembre 2012), Art. 4, pp. 358, 362-363; BALMACEDA Hoyos, Gustavo (2014). “*La malversación de caudales públicos y el Fraude al Fisco en el Derecho Penal chileno*”. Revista de derecho y ciencias penales: Revista de Derecho (USS, Chile), N°. 20, pp. 91 y 95.

18 Sostiene MAÑALICH que “...en rigor, no hay tal cosa como un “delito especial impropio”, (...) lo que suele ser llamado un delito especial impropio no es más que el quebrantamiento de una norma general, esto es, un delito común, que se ve cualificado, desde el punto de vista de la correspondiente norma de sanción, en atención a un determinado estatus personal”. Por ello, señala, la regulación de las modalidades de malversación que sanciona el CP contiene normas “específicamente dirigidas a aquellas personas que exhiben el estatus en cuestión; de ahí que no pueda postularse su descripción como “delitos especiales impropios”, con total independencia de que esas normas puedan encontrarse superpuestas con algunas otras normas cuyo quebrantamiento pueda ser constitutivo de un delito común.

Así también, aunque la doctrina nacional mayoritaria sostiene que dichos tipos penales tienen la calidad de delitos especiales impropios (BUNSTER, POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, RODRÍGUEZ, OSSANDÓN, PIÑA, entre otros), algunos siguen la teoría de la comunicabilidad limitada y otros parecieran inclinarse por la de los delitos de infracción de deber. A su vez, tampoco hay consenso en cuál es el delito común que le sirve de figura residual a los referidos delitos especiales impropios.

Así, respecto del delito de malversación de caudales públicos se ha señalado que el tipo común paralelo sería la apropiación indebida (YURASZECK); el hurto (BUNSTER); la estafa (DEL RÍO); la estafa o el hurto, según sea el caso (VARAS); el hurto, apropiación indebida o estafa, según cuales sean las circunstancias concretas en que se ejecuta el acto (CURY); o que, dependiendo de la modalidad comisiva, se trataría de la apropiación indebida o el hurto (POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, PIÑA)<sup>19</sup>.

Respecto del delito de fraude al Fisco, un sector estima que se trataría de una forma de estafa (artículos 468 y 473 del CP), debido a que el artículo 239 exigiría para su consumación del engaño y el perjuicio propios de la estafa (PIÑA<sup>20</sup>, GUZMÁN<sup>21</sup>), o de una forma de defraudación del art.

---

Esto último, sin embargo, sólo tiene relevancia para la dogmática de los concursos de delitos, y en particular para la dogmática del concurso aparente”. En MAÑALICH (2012), *Ob. cit.*, pp. 358, 362-363.

- 19 Así se sostiene en BALMACEDA (2012). *Ob. cit.*, p. 50. Por otro lado, también lo sostiene PIÑA Rochefort, Juan Ignacio (2012), en “*Malversación de caudales públicos, causa Ministerio Público contra J.A.D.M. y L.A.M.Q.*”. Defensoría Penal Pública, Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2011, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública Santiago de Chile, octubre de 2012, p. 183.
- 20 PIÑA Rochefort, Juan Ignacio. “*Prevaricación pública y Fraude al Fisco. Causa Ministerio Público contra J. S. S.*”. Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2005–2006, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública Santiago de Chile - Diciembre 2006, p.51.
- 21 GUZMÁN sostiene que “Cuando quiera que en ella (defraudación del art. 239 CP) concurren todos los elementos típicos de la estafa, y en su sucesión (engaño error-acto de disposición-perjuicio patrimonial), ésta será el delito común; pero si ese orden está alterado, no existió acto de disposición o ánimo lucrativo en el agente, sino sólo un engaño perjudicial para la hacienda pública, el afán de buscarle una

470 N° 8 del CP (POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ<sup>22</sup>, RODRÍGUEZ, OSSANDÓN<sup>23</sup>).

Por último, para abordar el problema de la comunicabilidad de la calidad especial en los delitos que la exigen también ha cobrado importancia la teoría de los delitos de infracción de deber, que pasamos a revisar, sucintamente.

- d. Teoría de los delitos de infracción de deber: Conforme a ella, el obligado responde como autor por la infracción de un deber especial, lo que constituye el fundamento de la responsabilidad penal para éste, con independencia de la forma como organice su conducta o del dominio efectivo que pueda tener en el hecho. Así, sólo puede ser autor el sujeto en quien recae una especial obligación, y el obligado especial sólo puede ser autor directo (por comisión u omisión), no así coautor, ni autor mediato, ni partícipe (instigador o cómplice). Por otro lado, el *extraneus*, quien interviene de cualquier modo en un delito especial sin infringir ningún deber especial, no puede ser sancionado por el delito de infracción de deber, pues la persona sobre quien no recae ninguna obligación especial de protección o garantía de un bien jurídico no realiza un ilícito punible (los partícipes no podrían responder del mismo delito que el obligado especial, autor directo del mismo)<sup>24</sup>.

---

figura genérica como respaldo es vano”. En GUZMAN Dálbora, José Luis (2012). “*El delito de fraude al Fisco del artículo 239 del Código Penal*”. Defensoría Penal Pública, Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2011, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública Santiago de Chile, octubre de 2012, pp. 166-167.

22 En Ibid., p. 51.

23 RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN, *Ob. cit.*, p. 416.

24 Así lo sostienen RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2008), *Ob. cit.*, pp. 134-135, 138. Y agregan que la doctrina nacional reconoce como ejemplos de delitos de infracción de deber regulados en el Código Penal chileno, que afecta a ciertos funcionarios obligados, el caso de los delitos de malversación y fraude, los cuales sancionan de igual manera al funcionario tanto cuando es él mismo quien sustrae o defrauda, como cuando consiente –no evita– en que otro sustraiga o defraude (arts. 233 y 239 CP). Lo anterior, por cuanto dichas conductas son calificadas como

RODRÍGUEZ y OSSANDÓN plantean que existen tres posibilidades para la participación en estos delitos: a) excluir la posibilidad de toda participación, b) admitir que el *extraneus* comete un delito propio de infracción del deber (delito autónomo de participación), o c) imputar al *extraneus* el injusto (ajeno) del *intraneus* (pero sólo en calidad de partícipes)<sup>25</sup>.

En la doctrina nacional, autores que analizan bajo este prisma los delitos que exigen una calidad especial en su sujeto activo son RODRÍGUEZ, OSSANDÓN, VAN WEEZEL y HAWDA<sup>26</sup>. La jurisprudencia de los Tribunales Superiores, por su parte, no ha recogido el planteamiento de esta teoría en forma expresa, más allá de condenar en ciertos casos, como veremos, al *extraneus* por el mismo título de imputación correspondiente al *intraneus*, en calidad de cómplices<sup>27</sup>, como se propone en la tercera opción del párrafo precedente.

---

autoría aunque algunas sólo constituyan acciones de complicidad, pues supone la misma infracción al deber especial que pesa sobre ciertos funcionarios.

25 La primera vía de solución es la solución más acorde con el planteamiento de esta teoría, pues respecto de delitos especiales propios se descartaría el castigo del *extraneus*, quedando impunes, y respecto de los impropios, en cambio, los *extranei* serían sancionados por el tipo común. En la segunda vía de solución habría que estarse a los tipos penales específicos que castiguen la intervención de particulares en los delitos especiales (por ej. delito de soborno del artículo 250 del CP, que sanciona la inducción de un *extraneus* a un funcionario público). Por último, la tercera propuesta, sostiene la punibilidad del *extraneus* (en forma atenuada) en todos los supuestos manteniendo la unidad del título de imputación, pero en estos supuestos su actuación sólo se calificaría como una forma de participación en un hecho ajeno, nunca como autoría (instigador o cómplice). RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2008), *Ob. cit.*, pp. 135-137.

26 Así se los atribuye BALMACEDA (2012), *Ob. cit.*, p. 55 y 69-70. También en OSSANDÓN Widow, María Magdalena (2012) “*Sobre la calidad de empleado público en los delitos funcionarios y la punibilidad de quienes no la poseen*”. En *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal* N°8, pp. 72 y ss.

27 CS 2143-2000, CS Rol 13123-2008.

### **III. Jurisprudencia de la Corte Suprema (años 2001-2020)**

A continuación, se revisará la jurisprudencia de la Corte Suprema, a partir del año 2001 a la fecha, haciendo un esfuerzo por identificar sus pronunciamientos con alguna de las teorías reconocidas por la doctrina nacional revisadas, previamente, según se aplique o no la comunicabilidad de la calidad de funcionario público de los delitos especiales al *extraneus*.

#### **III.-1.) Sentencias de la Corte Suprema (años 2001-2008), previas al fallo C/C.C.L. y otros (MOP Gate), de 19.05.2008, Rol 2321-2007**

Las sentencias pesquisadas en el período indicado fueron las siguientes:

##### **III.-1.1.) Aplicación de la tesis de la comunicabilidad limitada: SCS de 22.05.2001, Rol 2.143-2000, C/C.A. y otros**

Por sentencia de primera instancia se condenó a ciertos procesados como cómplices de delitos reiterados de infracción al inciso 2° del artículo 208 (hoy artículo 196 letra c), de la Ley N° 18.290, y a otros como autores de los mencionados delitos. Apelada la sentencia por todos los procesados y querellantes de la causa, la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso resolvió absolver a todos los procesados, por estimar que los hechos de la causa no eran constitutivos de infracciones al artículo 208 de la Ley N° 18.290. Contra la sentencia de segundo grado, los querellantes de la causa y la I. Municipalidad de Valparaíso interpusieron recursos de casación en el fondo, fundándolos en que la sentencia calificó como lícito un hecho que la ley penal califica como delito, absolviendo a los acusados. Conociendo del recurso, la Corte Suprema condenó a todos los acusados por el delito previsto en el artículo 196 letra c), de la Ley N° 18.290<sup>28</sup>, en calidad de cómplices, sosteniendo en lo pertinente que:

---

28 Castigaba al empleado público que comete alguna de las falsedades descritas en el artículo 193 del CP en el otorgamiento del padrón de un vehículo.

*“9°. (...) el artículo 196 A letra c) de la ley N° 18.290 consagra ahora un tipo cualificado propio, es decir, uno del cual sólo pueden ser autores, según dicha ley, los empleados públicos, porque esa calidad personal y la infracción a sus deberes que importa la realización de la conducta descrita, funda el injusto del delito de que se trata. Esta circunstancia empuja a los intervinientes en quienes no concurre la cualidad mencionada, incluso cuando han incurrido en una actividad propia de autores (coautores), fuera del círculo de la autoría, relegándolos al ámbito de la pura participación (inducción o complicidad en su caso)”.*

Los *extranei* intervinientes fueron sancionados por el mismo delito especial en que incurrió el *intraeus*, en calidad de partícipes, algunos en calidad de cómplices, pues “su conducta constituyó una contribución decisiva al hecho que, además, se desplegó cuando éste se encontraba en fase de ejecución, pero que no se puede calificar de autoría porque dicha procesada carecía de la cualificación requerida”, y a otros también de cómplices, “porque sus comportamientos importaron únicamente una cooperación al hecho por actos anteriores o simultáneos, y no una contribución indispensable a su realización”.

En consecuencia, al tratarse en la especie de un delito especial propio, ya sea que la Corte Suprema acogiera la tesis de comunicabilidad limitada o la extrema, en cualquier caso, arribaría a la misma conclusión: sancionar a los partícipes en el ilícito por el mismo título de imputación aplicable al funcionario público. Sin embargo, a partir del razonamiento efectuado en la sentencia estimamos que acoge la primera de ellas, por cuanto además de argumentar, muy brevemente, sobre el tipo de delito especial de que se trata, no exigió para hacer comunicable el título de imputación, el conocimiento que debían tener los *extranei* de la calidad de funcionario público del *intraeus*.

La sentencia fue pronunciada en forma unánime por los ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., José Luis Pérez Z. y Milton Juica A. y el abogado integrante señor Álvaro Rencoret S.

### **III.-1.2.) Aplicación de la tesis de la comunicabilidad limitada: SCS de 7.10.2002, Rol 3.028-2002, en autos “Perú contra E.D.B.G.”**

En la especie, la Corte Suprema confirmó la sentencia dictada por el ministro instructor de esa Corte, rechazando la petición del gobierno de Perú de extradición pasiva, respecto de un imputado investigado (E.B.G.) en calidad de cómplice del delito de peculado, peculado de uso y asociación ilícita para delinquir –quien carecía de la calidad de funcionario público–, sosteniendo que según el principio de accesoriadad limitada, las condiciones del injusto personal del autor (V.M.), se transmiten a los partícipes.

El Tribunal al resolver la extradición por el capítulo referido al cargo de peculado, lo rechaza<sup>29</sup>, señalando que, si bien acoge para el ámbito interno la tesis sostenida por Etcheberry –de la comunicabilidad limitada–, no es posible aplicarla al ámbito internacional, en que rige el principio de la doble incriminación. Así, argumentó:

*“Cuadragésimo primero: (...) En la doctrina chilena, no hay uniformidad de este requisito [regla la de incomunicabilidad con respecto a quienes no son empleados públicos y participan de algún modo en el hecho delictivo.*

*Etcheberry en su obra “Derecho Penal”, manifiesta que, por regla general, la calidad de empleado público no es comunicable a los extraños, pero si esta situación constituye una agravante incorporada a la figura penal, el hecho en cuestión sería delictivo, señalando como ejemplo precisamente el delito de malversación de caudales públicos o peculado, en que la sustracción siempre sería punible pero el tipo sería para el extraneus el de hurto o apropiación indebida y, en consecuencia, éste no podría ser condenado como copartícipe del mismo delito, sino de los mismos hechos;*

---

29 Respecto del delito de peculado de uso, el rechazo se fundó en la “pobreza probatoria” de la pretensión.

*Cuadragésimo segundo: Que aceptando esta última posición doctrinaria, que es lo que sustenta por lo demás el Gobierno del Perú para la procedencia de la extradición, sin embargo, esta cuestión que es la aceptable en nuestra legislación interna no se compadece en todo caso, con la legislación internacional en lo referente a la extradición, en que (...) sus disposiciones tienen el carácter de garantías respecto de los requeridos, en especial tratándose de la identidad de la norma punitiva que describe los hechos delictivos, principio denominado de la doble incriminación que (...) exige, para conceder la extradición, que el hecho que motiva la solicitud tenga el carácter de delito tanto en la legislación del Estado requirente como en la del requerido (...)”.* [Sentencia del Ministro Instructor, Sr. Milton Juica, confirmada por la Corte Suprema].<sup>30</sup>

La sentencia confirmatoria fue pronunciada en forma unánime por los ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., José Luis Pérez Z. y Nibaldo Segura P. y el abogado integrante señor José Fernández R.

---

30 Continúa el fallo: “(...) establecido que el inculpado [E.B.G.] nunca revistió la calidad de funcionario o servidor público en el Perú, es evidente que no puede ser juzgado en ese país por el delito de peculado a que se refiere el artículo 387 del Código Penal peruano por resultar incommunicable esa calidad que tenía el procesado Montesinos a su respecto, puesto que el mismo Código no lo autoriza y por aplicación del principio de reserva no es dable asimilar dicha situación a un particular, aun cuando este haya co-participado en los hechos investigados; Cuadragésimo tercero: (...) se coincidirá en lo pertinente a esta decisión con la señora Fiscal Judicial de esta Corte Suprema (...) y se desestimaré en cambio, el argumento de procedencia expuesto por el Gobierno del Perú, en cuanto en todo caso, estima que existiendo identidad de los hechos que justifican la comisión de otros delitos como hurto o apropiación indebida, ya que por estos delitos específicos no se pidió la entrega del encausado, hechos ilícitos que contienen también elementos de tipicidad que son diferentes entre sí y también con los delitos de peculado y malversación;...”.

### **III.-1.3.) Aplicación de la tesis de la comunicabilidad extrema: SCS de 16.10.2006, Rol 5.419-2003, C/J.P.D. y otros**

En los autos Rol 144.665-3 del 5° Juzgado del Crimen seguidos contra J.P.D.S. y otros, la Corte de Apelaciones de Santiago consideró que la calidad de funcionario público se comunicaba a los coautores en quienes no concurría. En la especie, la sentencia de primera instancia, previamente había condenado a Juan Pablo Dávila como autor de los delitos de fraude al Fisco y negociación incompatible, y a los partícipes A.S. y F.C., en quienes no concurría la calidad de funcionario público, en calidad de cómplices de este último delito, lo que fue confirmado por la Corte de Apelaciones, con declaración de que se les condenaba en calidad de coautores del delito de negociación incompatible, arguyendo que se les comunicaba dicha calidad especial, por cuanto habían tenido conocimiento que la misma era detentada por el acusado Dávila.

La Corte Suprema, conociendo, en lo pertinente, de los recursos de casación en el fondo de las defensas, los rechaza, indicado que no advertía una aplicación errónea de la ley penal. A ello agregó:

*“Vigésimo: Que de todos modos, para el caso en estudio, dada la forma en que la sentencia que se impugna sienta los hechos y determina la participación y condena de los recurrentes, ello resulta acorde al mérito del proceso y no se aprecia en dicho juzgamiento violación de norma legal alguna”.*

Así, al igual que la sentencia revisada precedentemente, al tratarse de un delito especial propio, como la negociación incompatible, ya sea que el tribunal hubiese seguido la tesis de la comunicabilidad extrema o limitada hubiese arribado al mismo resultado, esto es, condenar a los partícipes por el mismo título de imputación que correspondía al sujeto calificado. Sin embargo, a diferencia del caso anterior, observamos que se siguió la tesis de la comunicabilidad extrema, al fundarse la unidad del título de imputación en el conocimiento que tenían los partícipes de la calidad de funcionario público que a la sazón ostentaba Dávila. Esta sentencia luego, también, sería citada en la que se dictó en la causa “MOP Gate”, en apoyo de la tesis de la comunicabilidad extrema.

La sentencia fue pronunciada en forma unánime por los ministros Sres. Alberto Chaigneau, Rubén Ballesteros y Julio Torres A. y los abogados integrantes Sres. José Fernández R. y Oscar Herrera V.

### **III.-2.) Aplicación de la tesis de la comunicabilidad extrema: SCS de 19.05.2008, Rol 2.321-2007, dictada en causa C/ C.C.L. y otros (Mop Gate)**

Esta sentencia es recordada por la aplicación que hizo de la tesis de la comunicabilidad extrema de las circunstancias personales del tipo penal de fraude al Fisco, consistente en la calidad especial de funcionario público, al *extraneus* que intervino en el hecho punible, y condenar, en consecuencia, tanto al *intraneus* como al *extraneus* por el delito especial referido.

Ello, no obstante, que antes de así resolverlo e indicar el título de imputación que aplicaría a los particulares, en quienes no concurría la calidad especial, el fallo efectúa la distinción clásica que realiza la doctrina penal que adscribe a la tesis de la comunicabilidad limitada, esto es, entre delitos especiales propios e impropios, describiendo cada uno de ellos, y así, correctamente indica:

*“DECIMOTERCERO: (...) la doctrina reconoce (...) el [principio de la comunicabilidad, referido a aquellos tipos penales que requieren la intervención de un sujeto activo especial, como ocurre en el fraude al Fisco, respecto de la calidad de funcionario público de su autor.*

*Al respecto, resulta pertinente traer a colación un distinguo, que ha originado un interesante debate en la dogmática nacional, entre los llamados delitos especiales propios y los impropios. (...) Tratándose, en cambio, de un delito especial impropio, la calidad personal sólo produce el efecto de agravar o morigerar el juicio de reproche, pero la conducta sigue siendo punible, aun sin esa cualificación: es lo que sucede con la malversación de caudales públicos o con el fraude al fisco, aquí investigado, porque, separada*

*hipotéticamente la condición personal de funcionario público del interviniente, el ilícito sigue existiendo, aunque sea a otro título (v.gr., como una apropiación indebida, del artículo 470 N° 1, o estafa, del artículo 468, ambos del Código Penal)”.*

Así, al diferenciar el fallo entre delitos especiales propios e impropios, sienta las bases para aplicar la solución que entrega la tesis de la comunicabilidad limitada, y conforme a ello, al calificar el delito especial de fraude al Fisco como uno especial impropio, procedía que a continuación castigara a los partícipes *extranei* por el tipo común paralelo. Sin embargo, aún sentadas previamente esas bases, la Corte Suprema decide comunicar la calidad de empleado público a los particulares intervinientes y sancionar tanto a funcionarios públicos como *extraneus* con idéntico título de imputación. De este modo, estableció:

*“DECIMOCUARTO. Que, a criterio de esta Corte Suprema, la calidad de funcionario público, en los delitos cualificados impropios, como lo es el fraude al fisco, castigado en el artículo 239 del Código Punitivo, se comunican a los autores en que concurran, tanto si integran el tipo penal, como si no lo integran, quedando todos los partícipes regidos por la única figura penal aplicable. Así, por lo demás, lo ha resuelto este Tribunal Superior en sentencias Rol N° 5.419-03 de fecha dieciséis de octubre de dos mil seis y la de fecha treinta de julio de mil novecientos sesenta y nueve, publicada en la R.D.J.L XVI, 4 170. Clave en esta reflexión resulta ser la determinación de si el tipo delictivo conserva o no su carácter de tal en el supuesto de eliminarse hipotéticamente la circunstancia personal de ser empleado público uno de los copartícipes, evento en el cual deberá concluirse que aquella integra el correspondiente tipo y, por tanto, se comunica a quienes estaban en conocimiento de ella.*

*Tal es, precisamente, la hipótesis de la especie, por existir suficiente evidencia, en el proceso, del conocimiento que Herrera Labarca tenía de la relación estatutaria que*

*vinculaba a sus co autores con la Administración del Estado, presupuesto de comunicabilidad que debe, por ende, considerarse concurrente”.*

Siguiendo la línea argumental del considerando decimotercero y siguiente, se califica el fraude al Fisco como un delito especial impropio, que conforme lo que venía señalándose tiene la particularidad de que la calidad especial exigida en el sujeto activo sólo produce el efecto de agravar o morigerar el juicio de reproche, pero la conducta sigue siendo punible aun sin esa cualificación, bajo otro título de imputación. De ahí que la conclusión expresada en la segunda parte del primer párrafo del considerando decimocuarto, al indicar que de *“concluirse que aquélla integra el correspondiente tipo” “se comunica a quienes estaban en conocimiento de ella”*, no se corresponde con el argumento precedente, ni con lo sostenido por ETCHEBERRY, quien sostiene la tesis de la comunicabilidad limitada<sup>31</sup>, cuyos razonamientos previamente seguía el fallo, al señalar el autor:

*“(…) En suma, la regla es:*

1. *1) Las circunstancias agravantes o atenuantes, tanto las que conservan su autonomía como las que se han incorporado a la descripción legal, se comunican o no, según la regla del Art. 64 [que distingue entre circunstancias personales y materiales. Las primeras no se comunican nunca*<sup>32</sup>].

---

31 Según manifiesta ETCHEBERRY, el artículo 64 del CP establece la distinción entre circunstancias personales (que no se comunican nunca) y materiales (se comunican según el conocimiento que tenga de las mismas el partícipe al momento de la acción o cooperación). Las circunstancias personales afectan a la persona más que al hecho, y pueden decir relación con la disposición moral (premeditación), las relaciones particulares con el ofendido (pariente, empleado público) o en otra causa personal (reincidencia, irreprochable conducta anterior). Las circunstancias materiales, por su parte, consisten en la ejecución material del hecho (veneno) o en los medios utilizados para ejecutarlo (abuso de armas, medio catastrófico). En: ETCHEBERRY, Alfredo (1997). *“Derecho Penal. Parte General. Tomo II”*. Tercera edición revisada y actualizada 1997. Editorial Jurídica de Chile, p. 82.

32 Ibid., Ver en cita anterior distinción entre circunstancias personales y materiales.

2. Las circunstancias que integran la esencia del tipo delictivo se comunican a los copartícipes (que jamás pueden ser coautores ejecutores). Para determinar si se trata de una circunstancia de esta esencia, es preciso eliminarla mentalmente y verificar si el hecho, sin ella, sigue siendo delito o no. En este último caso, se trata de una circunstancia que integra el tipo y se comunica. Esto es en el entendido, naturalmente, de que su dolo, aunque sea eventual, cubre tales circunstancias típicas. Si nos las conoce, no tiene el dolo propio del tipo delictivo”<sup>33</sup>.

La primera regla la aplica ETCHEBERRY a los delitos especiales impropios, y la segunda, a los delitos especiales propios. Por ello, en los delitos que contienen circunstancias agravantes o atenuantes –tanto las que conservan su autonomía como las que se han incorporado a la descripción legal–, como en los delitos especiales impropios, se comunican o no a los partícipes las circunstancias personales o materiales, según la regla prevista en el artículo 64 del CP. En este caso, tratándose de circunstancias personales, como la calidad de funcionario público, no se comunicaría nunca a intervinientes que no reúnen tal condición. Solución contraria es la que adopta la sentencia en comento.

Así las cosas, en este fallo del Máximo Tribunal, en voto de mayoría pronunciado por los ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E. y Hugo Dolmestch U. en realidad se sostiene –sin señalarlo– la **tesis de la comunicabilidad extrema o absoluta**, pues no obstante la distinción previa que realizó entre delitos especiales propios e impropios e identificar en la especie la concurrencia de un delito especial impropio, castigó a los *extranei* como autores del delito especial de fraude al Fisco (y no por la figura penal común paralela que correspondía al delito especial), dando aplicación a lo que en doctrina se conoce como tesis de la comunicabilidad extrema o absoluta.

Cabe señalar, por último, que el referido fallo contó con el voto disidente del ministro Sr. Rubén Ballesteros C. y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E., quienes –también sin indicarlo en forma

---

33 Ibid., p. 84.

expresa— estuvieron por aplicar la **tesis de la comunicabilidad limitada**, y condenar al partícipe *extraneus* (encausado H.L.) como autor del delito de estafa al Fisco de Chile, al expresar:

*“2º Que, a consecuencia de ello, debe afirmarse como observa con agudeza CURY en la última edición de su Derecho Penal, Parte General que la citada disposición [artículo 64, inciso 1º del Código Penal<sup>34</sup>] surte sus efectos también para los tipos calificados impropios, respecto de los cuales, por consiguiente, las cualidades personales determinantes sólo de un incremento o disminución del injusto básico, no se comunican (...). [Subrayado es nuestro]*

*3º Que, en el indicado contexto, y por no ser comunicable al extraneus la condición estatutaria particular propia del agente público, que es condicionante del juicio de reproche inherente a la conducta del delito de fraude al Fisco, no es pertinente sancionarlo como coautor de esa figura penal, sino que como autor de la estafa prevista en el artículo 468 del Código punitivo, por el cual fue acusado...”.*

---

34 Conforme al artículo 64, inciso 1º del CP, “*las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurran*”. Inciso regula las llamadas “*circunstancias personales*” (subrayado es nuestro). Ver cita de este informe N°30.

### **III.-3.) Jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de comunicabilidad, posterior al fallo de 19.05.2008, Rol 2.321-2007, C/C.C.L. y otros (años 2008-2018)**

#### **III.-3.1.) Aplicación de la tesis de la comunicabilidad limitada: SCS. de 15.07.2009, Rol 2.924-2008, C/M.C.A. y otros**

En esta causa, particulares fueron acusados del delito de falsificaciones reiteradas de instrumentos públicos y uso malicioso de instrumentos públicos falsos, cargo del que fueron absueltos por el Juzgado del Crimen. Deducido recurso de apelación por los querellantes (CDE y Municipalidad de Arica), la Corte de Apelaciones revocó la sentencia de primer grado y, en su lugar, declaró que se condenaba a los acusados. En contra de este pronunciamiento las defensas dedujeron recursos de casación en la forma y en el fondo, tras lo cual la Corte Suprema acogió los primeros (por falta de consideraciones para dar por probados los hechos y de razones legales y doctrinarias para calificar el delito), y en sentencia de reemplazo dictó condenas contra los acusados por los delitos de falsificación de instrumento público, previsto en el artículo 193 N°4 del CP, respecto de algunos en calidad de autores y otros de cómplices, y por el delito de uso malicioso de instrumento público falso, previsto en el artículo 196 y sancionado en el artículo 194 del CP. En efecto, señaló el Máximo Tribunal:

*“VIGÉSIMO QUINTO: (...) si bien las posiciones doctrinarias resultan extremas desde sostener su comunicabilidad hasta abogar por su incomunicabilidad, la tesis mayoritaria de la doctrina chilena, siguiendo a Luis Rodríguez Collao y María Magdalena Ossandón, distingue entre aquellos delitos en que la calidad especial exigida en el tipo penal es determinante de la ilicitud –delitos especiales propios— y aquellos en que esa calidad sólo es determinante de un trato más severo o más benigno –delitos especiales impropios— en los que existe un tipo penal paralelo más benigno para sancionar al tercero en quien no concurre tal calidad (...). En la figura tipificada en el artículo 193, N° 4°, del Código Penal, no existe un tipo penal paralelo aplicable*

*a los extraneus materiales inmediatos, por lo que el artículo 194 del mismo sólo se reserva a las falsedades materiales y a los autores mediatos indirectos en que la calidad del intraneus se comunica, de manera que los extraneus intervinientes si bien serían sancionados por el mismo hecho punible en que incurre el intraneus, tendrían únicamente la calidad de partícipes y deberían ser castigados con la pena contemplada para éstos (Enrique Cury Urzúa, Derecho Penal, Parte General Ediciones Universitarias Universidad Católica de Chile, séptima edición, página 647). Partiendo de esa base, la intervención de los acusados Ricardo Chameng Atenas, Juan Silva Urzúa y Javier Echeverría Méndez sólo puede encuadrarse en la figura del cómplice, tal como se ha consignado precedentemente, porque carecen de la calidad especial de funcionarios públicos que exige la ley, ni tienen ellos participación como instigadores o cooperadores concertados con los autores materiales para delinquir”.*<sup>35</sup>

Como puede advertirse, el fallo dictado en forma unánime por los ministros sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L., adhiere a la tesis de la comunicabilidad limitada, pues para resolver el título de imputación aplicable distingue entre delitos especiales propios e impropios a los *extranei*, tras lo cual identifica que el que concurre en la especie – falsificación de instrumento público, previsto en el artículo 193 N°4 del CP– es de aquellos cuya calidad especial exigida en el tipo es determinante en la existencia del delito –de modo que sin ella el ilícito desaparece– (delito especial propio). De esta forma, concluye, que se comunica a los *extranei* el título de imputación aplicable a los *intranei*, quienes responden sólo en calidad de cómplices, al no haber tenido participación como instigadores o cooperadores concertados en el hecho.

---

35 Subrayado es nuestro.

### **III.-3.2.) Mantiene aplicación de la tesis de la comunicabilidad limitada: Sentencia de 16.04.2015, Rol 13.823-2014, C/ E.C.A. y otros (EFE)**

El juzgado del crimen, en autos Rol 191.516, condena a un ex funcionario público, E.C.A., gerente general de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, como autor del delito de fraude al Fisco, y al operador de una empresa contratista, G.M.A., como autor del delito de estafa en perjuicio del Fisco de Chile. La Corte de Apelaciones confirma la sentencia, decisión que impugnan únicamente los sentenciados mediante recursos de casación en la forma y en el fondo –el CDE se conformó con la sentencia–, sin embargo, el Máximo Tribunal rechaza ambos recursos.

De este modo, fue el Ministro en Visita Sr. Omar Astudillo quien en sentencia de primera instancia no comunicó la calidad de funcionario público al particular, condenándolo por un delito común, razonamiento que fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago. Si bien ante la Corte Suprema la comunicabilidad no fue un asunto discutido, conociendo de uno de los acápites del recurso del gerente general de EFE, quien pretendía impugnar la condición de empleado público que le atribuía el fallo, el Tribunal efectúa una afirmación perfectamente compatible con la tesis que venía sosteniendo el fallo de primer grado, relativa a dividir el título de imputación aplicable al funcionario público del que correspondía al particular. Así, esgrimió:

*“Duodécimo: Que el siguiente segmento de este recurso, siempre asilado en la causal 3ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, sostiene que Castillo Aguirre, en su condición de gerente general de EFE, no puede ser considerado un empleado público ya que no desarrolla ninguna función pública. Como se adelantara, el yerro de que trata esta causal es un error de calificación jurídica consistente en estimar como delito un hecho que es lícito.*

*Sin embargo, basta decir para su rechazo, que la falta de la calidad requerida para el sujeto activo, tributaria a*

la función que cumple, no transforma el hecho en lícito, el que sigue siendo delito, sancionable a título de estafa, en conformidad al artículo 468 del estatuto punitivo (...)”.

Este fallo fue pronunciado en forma unánime por los ministros sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R. y el abogado integrante Sr. Luis Bates H., y más allá de que en él la Corte no resolvió un problema de comunicabilidad, en un posterior pronunciamiento, en autos Rol 17.014-2015, que revisaremos a continuación, el Máximo Tribunal identificó esta sentencia como una en la que se sustentaba la tesis de la comunicabilidad limitada.

### **III.-3.3.) Aplicación de la tesis de la comunicabilidad extrema: SCS. de 17.12.2015, Rol 17.014-2015, C/I.C.M. y otros**

En la causa RIT 18-2015, el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Los Andes dictó sentencia condenatoria por los delitos de fraude al Fisco y delito reiterado de declaración maliciosamente incompleta o falsa. Al hacerlo, sostuvo que:

“La calidad de funcionario público, en los delitos especiales impropios se comunica a los autores en que concurran, tanto si integran el tipo penal, como si no lo integran, quedando todos los partícipes regidos por la única figura penal aplicable. En el caso del fraude al Fisco, la circunstancia personal de ser empleado público integra el tipo delictivo, de manera tal que ella se comunica a los copartícipes que estaban en conocimiento de ella”<sup>36</sup>.

Como se advierte, el fallo del TOP siguió la tesis de la comunicabilidad extrema o absoluta, y lo hizo en el mismo tenor del fallo dictado en la causa MOP Gate, Rol de 2.321-2007, analizado previamente. Contra el mismo, la defensa de los condenados recurrió de nulidad, pero la Corte Suprema rechazó el recurso deducido, con voto de prevención y voto de disidencia.

---

36 TOP de Los Andes, Rit 18-2015, sentencia de 19 de septiembre de 2015, considerando 46°.

### III.-3.3.1.) Voto de mayoría: aplica la tesis de comunicabilidad extrema o absoluta

La sentencia de la Corte Suprema por voto de mayoría de los ministros Sres. Milton Juica A., Jorge Dahm O. y del abogado integrante Sr. Rodrigo Correa G. –este último con voto de prevención– mantiene la calificación jurídica aplicada por el TOP de fraude al Fisco, aplicando un único título de castigo tanto a funcionarios públicos como a los particulares intervinientes, tipo penal especial aplicable en principio sólo a los primeros. Ello, aun cuando categoriza el delito aplicable como uno especial impropio, lo que, en este ámbito de la discusión, como dijéramos, la doctrina utiliza para dar sustento a la tesis de la comunicabilidad limitada y castigar de ese modo a los *extranei* por el delito común correspondiente. Así, el fallo sostiene:

*“Undécimo: (...) En circunstancias que no se impugna ni la calidad de empleado público de [C. M.] ni el hecho de que los recurrentes le conocían, (...) El conocimiento de que una persona es empleada de una empresa pública es suficiente para entender que si se participa con ella en la conducta descrita en el artículo 239 del Código Penal ambas infringen dicha disposición, sin que sea necesario un conocimiento acabado sobre la naturaleza del vínculo funcionario (...).”*

*Tal concierto supone el conocimiento que estos tenían de que el señor [C.M.] (...) era empleado de Codelco. Ello es además consistente con la declaración de [G.A.] (...), quien reconoció que conocía a [C.M.] (...) “porque trabajaba en Codelco”.*

En consecuencia, el voto de mayoría mantuvo y ratificó el castigo por un único título de imputación, correspondiéndose en sus efectos con la tesis de la comunicabilidad extrema o absoluta, en idénticos términos que lo hiciera el fallo, del año 2008, dictado en la causal “MOP Gate”.

### III.3.3.2.) Voto de prevención: Unidad del título de imputación aplicando reglas de la autoría y participación criminal

El autor de la prevención, abogado integrante Sr. Rodrigo Correa, para rechazar el recurso en la parte en que se reclama infringido el artículo 239 del CP, al sancionar a personas que carecen de la calidad de funcionario público, a mayor abundamiento, sostiene:

*“1º (...) La disposición [artículo 239 del CP] exige por tanto la participación de un “empleado público”, quien en rigor es el único que puede ser autor del delito en sentido estricto.*

*2º) El legislador no sólo ha dispuesto la sanción penal a los autores de los delitos, sino también a determinados partícipes. Por otra parte, el artículo 15 del Código Penal ha extendido el tratamiento penal de la autoría a otros partícipes, que son considerados autores. En consecuencia, si bien quien carece de la calidad de empleado público () no puede ser autor de la conducta descrita en el artículo 239 del Código Penal, nada impide que participe en ella, incluso de un modo que la ley pueda asimilar a la autoría.*

*3º) El extraneus no puede sin embargo “tomar parte en la ejecución del hecho” en el sentido del primer numeral del artículo 15, pues “el hecho” precisamente supone la calidad de empleado público. La participación punible del extraneus queda por tanto limitada a las hipótesis de los numerales 2 y 3 del artículo 15 y de los artículos 16 y 17, todos del Código Penal (...)”.*

En consecuencia, se plantea aquí otra vía para castigar al *extraneus* que interviene en un delito especial por el título de imputación del *intraneus*, esto es, subsumiendo la intervención del *extraneus* en los numerales 2 o 3 del artículo 15 del CP, que sanciona a partícipes que para efectos de dicho precepto penal se “consideran como autores”, es decir, a quienes participen en el hecho como inductores o coautores

que actúen previo concierto (participes estrictu sensu), respectivamente, o en calidad de cómplices o encubridores, conforme lo previsto en los artículos 16 y 17, del CP.

### **III.3.3.3.) Voto de minoría: aplica la teoría de la comunicabilidad limitada**

En voto de minoría, los ministros Sres. Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L. estuvieron por acoger el recurso interpuesto en favor de los acusados González Ponce y González Ahumada, al estimar que se había incurrido en error de derecho al condenarles en calidad de coautores del delito de fraude al Fisco, sin atenerse a lo prescrito imperativamente en el artículo 64, inciso primero, del CP. En efecto, sostuvieron:

*“2°) Que la disputa acerca de la comunicabilidad o incommunicabilidad trae a colación el distingo entre delitos especiales propios e impropios. Tratándose de los primeros, en que la calidad personal concurrente en el sujeto activo es fundante del injusto y la ausencia de ella determina la atipicidad de la conducta ilícita, se afirma la comunicabilidad. En cambio, los delitos especiales impropios tienen la característica de que la cualidad personal sólo produce el efecto de agravar el título de la imputación, manteniéndose la punibilidad del comportamiento aún en el evento de no concurrir el factor personal (no parricidio, pero homicidio; no malversación, pero hurto; no fraude al Fisco, pero estafa).*

*3°) Que la figura de fraude al Fisco es calificada como delito especial impropio, pues tiene su correlato en las diversas formas de defraudación que se sancionan entre los delitos contra la propiedad. En consecuencia, y de acuerdo con las reglas generales, el tercero defraudador, que no quebranta un deber funcionario, comete el respectivo delito contra la propiedad (Rodríguez Ossandón [...]).*

*Es dominante la tendencia dogmática y jurisprudencial que requiere en el delito del artículo 239 del Código Penal, los mismos elementos de la estafa prevista y sancionada en el título IX del estatuto punitivo.<sup>37</sup>*

(...)

*En las recientes decisiones de esta Sala Penal se coincide plenamente con aquellas precisiones doctrinarias, concluyendo que en ausencia de la calidad funcionaria es aplicable a los extraneus la figura de estafa común cuyo sujeto activo es un particular no obligado por deberes para con la Administración (SSCS Rol N° 2.924-08 de 15 de julio de 2009<sup>[38]</sup>, Rol N° 13.823- 14 de 16 de abril de 2015 y Rol N° 29.891-14<sup>[39]</sup> de 8 de octubre de 2015).*

*4°) Que existen estudios que con gran profundidad han abordado el tema de la comunicabilidad o incomunicabilidad (...) evidenciando que el artículo 64 inciso 1° del Código Penal resuelve negativamente el caso de los partícipes extraneus en los delitos de malversación y fraude al Fisco, en el sentido que el vínculo funcionario no se comunica al*

- 
- 37 Continúa señalando el voto disidente: “Los mismos autores antes citados caracterizan a la conducta incriminada como una estafa que se produce desde dentro de la Administración; señalan de que debe existir un engaño, un artificio “cualquier maquinación, simulación o engaño que tenga por objeto defraudar... el ardid debe ser el medio por el cual se causa el perjuicio...”. Politoff, Matus y Ramírez describen este ilícito como una forma especial de estafa, cometida en perjuicio del Fisco por un empleado público y exigen para su consumación, el engaño y el perjuicio propios de la estafa, aun cuando no se requiera una *mise en scene* (Lecciones de Derecho Penal Chileno, Pte. Especial, 2a. edición, p. 498).
- 38 En la citada sentencia se aplica la tesis de la comunicabilidad limitada, pero se sanciona por los delitos previstos en los artículos 193 N°4 y 196 del CP, como se revisó previamente en este informe.
- 39 La sentencia dictada en autos de la Corte Suprema, Rol 29.891-2014, en realidad absuelve al único acusado, L.A.I., de los cargos formulados como autor del delito de fraude al Fisco, previsto en el artículo 239 del CP. En consecuencia, la misma no se pronuncia sobre el principio de la comunicabilidad.

particular que co delinque con el empleado público, toda vez que la calidad funcionaria es una circunstancia de carácter personal, que, al tenor del artículo 64 del Código Penal, sólo puede afectar a aquel en quien concurre (...)”.

### **III.-4.) Aplicación de la tesis de la comunicabilidad extrema: SCS de 24.10.2018, Rol 13.123-2018, C/C.H.P. y otros**

#### **III.-4.1.) Aplicación de la tesis de la comunicabilidad extrema: S. del TOP de Talca, de 29.05.2018, Rol 31-2018**

En la causa, el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Talca dictó sentencia condenatoria por el delito reiterado y consumado de malversación de caudales públicos, tanto contra el ex secretario relator titular del Tribunal Electoral del Maule, C.H.P., en calidad de autor del artículo 15 N°1 del CP, como contra otros sujetos que no tenían la condición de funcionarios públicos, en calidad de cómplices del mismo delito, conforme lo previsto en el artículo 16 del CP.

Sobre la comunicabilidad del título de imputación a los *extranei*, la sentencia del TOP señaló:

“UNDÉCIMO: (...) se ha procedido desestimar la tesis de sus defensas, relativas a la incomunicabilidad del tipo penal al extraneus, esto es, aquél que no tiene la calidad de empleado público; puesto que como ha sostenido la doctrina mayoritaria en nuestro país, por autores como Politoff, Matus y Ramírez, Vivian Bullemore y John Mackinnon; sí es posible comunicar ciertas circunstancias del delito a quienes no ostentan tal calidad, cuando intervienen en el hecho, como en el caso de los inductores, cómplices y encubridores, siendo sólo necesario que éstos tengan conocimiento de la calidad de funcionario público de aquél que interviene de un modo inmediato y directo, lo que se demostró en este caso, pues ambos agentes conocían a [C.H.P.] (...) y sabían que era el Secretario Relator Titular del Tribunal Electoral del Maule (...)”.

La sentencia del TOP de Talca expresa dar aplicación a la tesis de la comunicabilidad de la calidad de funcionario público a sujetos que no ostentan tal condición, para lo cual, señala, se requiere que intervengan en el hecho, tal como ocurre con los inductores, cómplices y encubridores, aludiendo a un requisito esencial para la aplicación de la comunicabilidad: el **conocimiento que debe tener el *extraneus* de la condición de funcionario público del *intraeus*, tal como lo exige la tesis de la comunicabilidad extrema.**

En efecto, el fallo hace aplicación de la tesis de la comunicabilidad extrema o absoluta, sancionando por idéntico título de imputación – malversación de caudales públicos– tanto al funcionario público como a los particulares, no obstante sustentar su posición en la doctrina nacional –POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, BULLEMORE y MACKINNON– que adhiere a la tesis de la comunicabilidad limitada<sup>40</sup>.

### III.-4.2.) SCS. de 24.10.2018, Rol 13.123-2018

La sentencia del TOP de Talca fue impugnada por las defensas de los condenados, quienes recurrieron de nulidad, tras lo cual la Corte Suprema acogió solo el recurso interpuesto por el funcionario público condenado en calidad de autor y dicta sentencia de reemplazo. Así, la sentencia dejó a firme la parte en que se sancionó a los *extranei* como cómplices del delito especial de malversación de caudales públicos, aplicando la tesis de la comunicabilidad absoluta.

---

40 Esta última estima que el delito de malversación, por el que se condena en la especie, es un delito especial impropio y que por tanto no se comunica a quienes no detentan la calidad especial exigida en el tipo, por lo que, de haber seguido la postura sustentada por ellos, los *extranei* debieron ser sancionados como autores del tipo penal común que se estimare concurrente. Por ello, el fallo del TOP en realidad adopta en sus efectos la tesis de la comunicabilidad extrema.

### III.-4.2.1.) Voto de mayoría: Mantiene aplicación de la tesis de la comunicabilidad extrema

En efecto, respecto del recurso de nulidad interpuesto por los *extranei*, el Máximo Tribunal, en voto de mayoría pronunciado por los ministros Sres. Lamberto Cisternas, Manuel Valderrama, y el abogado integrante Sr. Antonio Barra, ratificó la interpretación de los sentenciadores del TOP y manifestó:

*“Decimoctavo: Que la problemática propuesta por los recurrentes [D.G. y C.V.] (...) importa distinguir entre los delitos especiales “propios” e “impropios” (...). Al respecto el profesor Etcheberry plantea: “Que en los delitos en los cuales la calidad de empleado público es inseparable, pues sin ella la conducta deja de ser delictiva, no es posible concebir la concurrencia de un extraneus como coautor material del delito, y sólo puede pensarse en él como inductor, cooperador (coautor o cómplice) o encubridor (Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal, Parte Especial, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, Tomo IV, 3ª edición revisada y actualizada. pp. 208).*

*Conforme a lo anterior y teniendo en consideración que Díaz Godoy y Carrasco Villagra han sido condenados a título de cómplices, lo que supone que ambos tenían conocimiento de la calidad de empleado público de [C.H.P.] (...), el razonamiento sostenido por los sentenciadores del grado es correcto y en consecuencia no han incurrido en la causal de nulidad que se analiza, debiendo desestimarse la misma”.*

Si atendemos sólo a la segunda parte del razonamiento antes citado, observamos cómo en forma concluyente se adhiere a la tesis de la comunicabilidad extrema o absoluta. Sin embargo, en la primera parte el voto de mayoría mantiene la línea argumental advertida en el fallo del TOP de Talca, al resolver de un modo distinto a como lo habría hecho la doctrina nacional que cita como apoyo de su pronunciamiento,

y agregando nuevos razonamientos sobre el punto. Ella, efectivamente, para resolver el título de imputación aplicable a los *extranei* al delito especial utiliza la clasificación doctrinaria que distingue entre delitos especiales propios e impropios, para luego señalar, que, respecto de los primeros, se comunica la calidad de funcionario público a los *extranei*, mientras que en los segundos no se comunica, debiendo castigárseles por el tipo penal común que corresponda. Por ello, al resolver de esta forma el título de imputación aplicable a los *extranei*, sólo de estimar que el delito de malversación de caudales públicos se trataba de un delito especial propio podía comunicarlo a los *extranei*.

Así pudiera pensarse cuando la sentencia cita a ETCHEBERRY sólo en aquella parte en que éste se refiere a los delitos especiales propios (omitiendo la referencia a los delitos especiales impropios), al señalar: “...*en los delitos en los cuales la calidad de empleado público es inseparable, pues sin ella la conducta deja de ser delictiva...*”. Sin embargo, el razonamiento se torna confuso cuando en el siguiente párrafo, señala que, conforme a lo anterior, al haber sido los *extranei* condenados en calidad de cómplices, “*lo que supone que tenían conocimiento de la calidad de empleado público*” de C.H.P., lo sostenido por sentenciadores del TOP es correcto y no han incurrido en causal de nulidad.

### **III.-4.2.2.) Voto disidente: Aplicación de la tesis de la comunicabilidad limitada**

Los ministros Sres. Dolmestch y Künsemüller estuvieron por acoger los recursos de nulidad y absolver a los acusados de los cargos por el delito de malversación de caudales públicos, teniendo para ello en consideración los siguientes fundamentos:

*“1° Que, la condena impuesta a los acusados [D.G. y C.V.] (...), en calidad de cómplices del delito de malversación de caudales públicos, tropieza con un escollo insalvable en lo doctrinario y en lo judicial, cual es la convicción de que la calidad de funcionario público es incomunicable a los extraños a la administración estatal y sólo puede agravar la responsabilidad penal de quienes ostentan esa calidad*

*y deben respetar los principios de probidad y honestidad en el manejo de los dineros fiscales, que obligan sólo a los servidores públicos intraneus, más no a los extraneus, quienes habrán de responder por el delito patrimonial común (...).*

*5° Que, en la especie, los extraños a la Administración Pública no pueden ser responsabilizados como partícipes en un delito atentatorio de un bien jurídico que para ellos carece de existencia y respecto del cual, por tanto, no están obligados a cumplir un deber de probidad.*

*Que, como la calidad funcionaria sólo aumenta la intensidad del injusto patrimonial, la ausencia de este elemento personal permite encuadrar el hecho en la figura básica común a la cual tiene acceso participativo cualquier individuo (Grisolía, cit., p. 46). Que, en tales condiciones, la calidad de funcionario público es una circunstancia personal incorporada por la ley al describir y sancionar el delito previsto en el artículo 233, la que sólo puede afectar, según lo preceptuado en el artículo 64 del Código Penal, al autor, cómplice o encubridor en quien concurra y no se comunica al extraño (particular) que sólo podrá ser responsabilizado por el correlativo delito común, atentatorio de la propiedad ajena.*

*6° (...) Etcheberry estima que el carácter de empleado público no es determinante de la antijuridicidad, de la calidad delictiva del hecho, es solamente una circunstancia agravante que le da particular relieve a la conducta realizada; es valedera, por consiguiente, la regla del artículo 64 del Código Penal, en el sentido que la calidad personal es incommunicable (Derecho Penal, T. II, 1ª edición, p. 181 (...)).”*

Que, como se observa, el voto de minoría sigue la tesis predominante en la doctrina nacional, aplicando la tesis de la comunicabilidad limitada, ya manifestada por los mismos magistrados en fallos anteriores. Por ello, concluyeron:

*“7° Que, en consecuencia, los extraneus de este caso, ajenos a la Administración Pública, sólo pueden ser responsabilizados como cómplices del delito de hurto, que es la figura delictiva común, residual, que subyace en la base de la lesión patrimonial absorbida por el delito de malversación de caudales públicos, cometido por el funcionario condenado, único sujeto que puede lesionar el bien jurídico especial tutelado”.*

Así, conforme a la tesis aquí manifestada, la intervención de partícipes en los delitos especiales impropios debe ser sancionada respecto del *extraneus* de acuerdo con el delito común paralelo –hurto en su opinión en la especie, y en calidad de cómplices–, y nunca por el delito especial, sólo aplicable respecto del sujeto cualificado.

#### IV. Cuadro resumen. Votaciones en la Corte Suprema (2001-2020).

Ministros y Abogados Integrantes (A.I.) de la 2ª Sala (Miembros al año 2020*) <sup>41</sup>	Indivisiibilidad del título de imputación/ Comunicabilidad extrema				División del título de imputación/ Comunicabilidad limitada					
	Rol y año de la sentencia				Rol y año de la sentencia					
	2006	2008	2015	2018	2001	2002	2008	2009	2015	2018
Hugo Dolmestch		2321-2007					2924-2008	17014-2015	13123-2018	
Carlos Künsemüller*							2924-2008	13823-2014	13123-2018	
Lamberto Cisternas				13123-2018				17014-2015		
Manuel Valderrama*				13123-2018						
Jorge Dahm*			17014-2015							
Antonio Barra (A.I.)*				13123-2018						
Carlos Correa (A.I.)			17014-2015							
Milton Juica			17014-2015					13823-2014		
Haroldo Brito*								13823-2014		



## V. *Excursus*: Regulación en el Anteproyecto de Código Penal

En el Anteproyecto de Código Penal, cuya elaboración fue encargada por el Ministerio de Justicia y de los Derechos Humanos, y del que tomó conocimiento el CDE en octubre del año 2018 vía oficio de esa cartera, se contempla una nueva regla que señala:

*“Art. 34. Intervenientes en el hecho. Es responsable de un delito quien interviene en él como autor, inductor o cómplice.*

*Tratándose de hechos cuya descripción legal exige la concurrencia de una calidad especial en la persona del autor, el interviniente en quien no concurre tal calidad solo responde como inductor o cómplice, según corresponda”.*

Como se advierte, el inciso segundo de esta norma propone una regulación del **título de imputación por el que debe castigarse al *extraneus***, como ocurre con los particulares respecto de delitos que exigen como calidad especial la de funcionario público. En estos casos entonces, el Anteproyecto propone comunicar el mismo título de imputación del *intraneus* a quienes no reúnan esta calidad especial, no obstante, señala la disposición, sólo podrán ser sancionados a título de inductores o cómplices<sup>42</sup>, al entender que autores del delito sólo pueden serlo aquellos sobre quienes recae el deber especial.

Así, la regulación propuesta innova al llegar a este resultado, pues no distingue entre delitos especiales propios o impropios, como la tesis de la comunicabilidad limitada, y más aún, acoge la aplicación del principio de la unidad o indivisibilidad del título sin exigir que el *extraneus* haya conocido la concurrencia de la circunstancia personal en el *intraneus*, como lo hace la tesis de la comunicabilidad extrema o absoluta, no obstante imponer una importante restricción al tipo de intervención punible que pueden tener en delitos especiales.

---

42 El Artículo 36 del Proyecto señala: Intervención como inductor. Es inductor quien determina a otro a perpetrar el hecho. A continuación, señala el Artículo 37: Intervención como cómplice. Es cómplice quien coopera con la perpetración del hecho.

En suma, con una regulación como ésta se zanjaría normativamente el título de imputación penal aplicable al *extraneus* cuando interviene en delitos especiales, delitos respecto de los cuales sólo procedería sancionar a título de autor al sujeto en quien recae el deber especial.

## VI. Conclusiones

Responder la pregunta ¿con qué título de imputación debe sancionarse la intervención de partícipes en delitos funcionarios? ha sido un tema bastante controvertido tanto en la doctrina nacional como en la jurisprudencia, dado que éstos no reúnen la calidad especial de funcionario público exigida por el tipo (*extraneus*). Algunas de las alternativas posibles serían: a) por el mismo delito que afecta al *intraneus*, b) por el tipo penal común paralelo, o c) dejar impune su hecho, si este último no existe. Así, para arribar a una solución, la doctrina se debate entre diversas posturas: la tesis de la comunicabilidad extrema, de la comunicabilidad extrema o absoluta, de la comunicabilidad limitada y la de los delitos de infracción de deber. En el ámbito de los delitos funcionarios, la doctrina nacional mayoritaria acoge la tesis de la comunicabilidad limitada.

En lo que toca a la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema, el tema ha sido objeto de variados pronunciamientos, debatiéndose entre dos posturas: aplicar la tesis de la comunicabilidad extrema o la de la comunicabilidad limitada. En cualquiera de las situaciones, la mayoría de las veces no se señala en forma expresa que se sigue una u otra, sino más bien resuelven mantener o no la unidad del título de imputación, apoyándose en la doctrina nacional y fallos previos de la misma Corte.

Así, en concreto, advertimos que la jurisprudencia del Máximo Tribunal ha mostrado una evolución oscilante en el tiempo, que pudiera explicarse, en parte, por la variada composición que ha tenido en los periodos respectivos la Segunda Sala al momento de emitir pronunciamientos en la materia. De este modo, si bien el recordado fallo dictado en la causa “*MOP Gate*”, seguida contra C.C.L. y otros (Rol 2.321-2008), por voto de mayoría acogió la tesis de la comunicabilidad extrema, esta postura ya había sido manifestada por la Corte Suprema en forma unánime en el año 2006, en el fallo dictado contra J.P.D. y

otros (Rol 5.419-2003). Estos fallos, se pensó, marcarían la senda por la cual transitarían las futuras resoluciones de la Corte que se dictaran en la materia, pero se ha evidenciado que fallos posteriores han seguido sosteniendo la tesis de la comunicabilidad limitada (Roles 2.924-2008 y 13.823-2014).

Así las cosas, entre los años 2001-2020, de un lado de la balanza encontramos las sentencias que se pronunciaron a favor de la tesis de la comunicabilidad extrema, contando con cuatro sentencias que la sostuvieron, una mediante pronunciamiento unánime y tres en fallos divididos, en que la tesis fue acogida por voto de mayoría (Roles 5.419-2003, 2.321-2008, 17.014-2015 y 13.123-2018; respectivamente). Del otro lado de la balanza encontramos las sentencias que han acogido la tesis de la comunicabilidad limitada, la que también cuenta a su favor con cuatro pronunciamientos de la máxima judicatura (Roles 2.143-2000, 3.028-2002, 2.924-2008, 13.823-2014), todos ellos, eso sí, dictados en forma unánime.

Con todo, a pesar de este aparente equilibrio, lo que sí está a favor de la tesis de la comunicabilidad extrema es que en la línea del tiempo cuenta no sólo con los pronunciamientos más recientes, sino también con el hecho que desde el año 2006 a la fecha –a partir la sentencia dictada en causa Rol 5.419-2003–, se verifica una presencia constante de esa postura en las decisiones que adopta la Corte Suprema.

Asimismo, debe considerarse que en estos momentos no es posible vislumbrar el criterio futuro que adoptará el Máximo Tribunal, pues la composición actual de la Segunda Sala de la Corte Suprema se ha visto modificada desde que se adoptó su último pronunciamiento en la materia, en el año 2018, dado que dos de sus ministros titulares, Sres. Dolmestch y Cisternas, dejaron recientemente el Poder Judicial, tras cumplir el límite máximo de edad para ejercer el cargo<sup>43</sup>, el primero partidario de la tesis de la comunicabilidad limitada y el segundo de la comunicabilidad extrema. Por su parte, el ministro titular Sr. Künsemüller<sup>44</sup> también se

---

43 El Ministro Sr. Dolmestch dejó su cargo el 1 de diciembre de 2019, y el Ministro Sr. Cisternas lo hizo el 31 de marzo 2020.

44 El Ministro Sr. Künsemüller dejará su cargo en febrero de 2021, por cumplirse la edad límite legal para ejercer el cargo.

encuentra próximo a cesar en su cargo, quien –junto al Sr. Dolmestch, salvo este en una primera ocasión– ha sido invariablemente partidario de la primera de dichas posturas.

Así, de los restantes ministros que actualmente componen la Segunda Sala Penal –Sres. Brito, Dahm, Valderrama y Llanos<sup>45</sup>–, el Sr. Brito se ha pronunciado en una ocasión a favor de la tesis de la comunicabilidad limitada (Rol 13.823-2014), y los Sres. Dahm y Valderrama –además del actual abogado integrante, Sr. Barra– lo han hecho también en una ocasión, mostrándose partidarios de la tesis de la comunicabilidad extrema (Rol 17.014-2015, en el primer caso, y Rol 13.123-2018, en el caso de los dos últimos nombrados).

De este modo, no habiéndose pesquisado sentencias de los años 2019 y 2020 del Máximo Tribunal, de momento no es posible hacer una proyección de la futura tendencia que pudieran adoptar los pronunciamientos emanados de la Corte Suprema en la materia aquí analizada, por cuanto existe un empate transitorio entre las posturas de los Sres. Brito y Künsemüller, y Dahm y Valderrama, desconociéndose la postura que adoptará el ministro Sr. Llanos.

Por último, cabe tener presente que la propuesta contenida en el Anteproyecto de Código Penal, podría zanjar la problemática al disponer como título de castigo para intervinientes que no reúnen la calidad especial –como la de funcionario público–, el mismo título de imputación que afecta a quienes sí lo detentan (el *intraneus*), más aún, sin exigir el conocimiento de la circunstancia personal que en ellos concurre, aunque limitando la responsabilidad del *extraneus* a la calidad de inductores o cómplices, al entender entonces que autores del delito sólo pueden serlo aquellos sobre quienes recae el deber especial.

---

45 El Ministro Sr. Carlos Llanos Sagristá asumió el cargo el 16 de diciembre de 2019, y pasó a integrar la Segunda Sala, tras el retiro del Sr. Cisternas.

