

Comunicabilidad de la calidad de empleado público en los delitos especiales impropios (Sentencia Rol 122.925-2022 de la Corte Suprema chilena)

*Communicability of the Status of Public Officer in Special Offences
(Comment on Judgment Rol 122.925-2022 of the Chilean Supreme Court)*

*Comentario de Javier Escobar Veas**

1. DECISIÓN CONDENATORIA DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA Y RECURSO DE NULIDAD DE LA DEFENSA DEL IMPUTADO RAVANAL

“Santiago, veintinueve de mayo de dos mil veintitrés.

VISTOS: El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, por sentencia de treinta de septiembre de dos mil veintidós, en los antecedentes RUC 1.900.571.226-5, RIT 96-2022, condenó a (...) Ravanal a la pena única de seis años de presidio mayor en su grado mínimo y a las accesorias legales, en calidad de autor de ochenta y seis delitos consumados de malversación de caudales públicos, en calidad de reiterados, cometidos entre los meses de octubre de 2017 y marzo de 2019 en la comuna de Talcahuano (...).

En contra de dicho fallo, las defensas de los sentenciados dedujeron sendos recursos de nulidad (...).

Respecto del acusado Ravanal Mellado, el tipo penal descrito no resulta aplicable pues no reviste la calidad de funcionario público, siendo un “extraneus”, razón por la cual pide anular el juicio oral y la sentencia, disponiendo la realización de un nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado (...).

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magister en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Diego Portales, Chile. Doctor en Derecho, Università Luigi Bocconi, Italia. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9266-0396>. Correo electrónico: jiescobarveas@gmail.com.

2. LA CORTE SUPREMA CALIFICA EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES COMO UN DELITO ESPECIAL IMPROPIO Y ADSCRIBE A LA TESIS DE LA INCOMUNICABILIDAD DE LA CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO

“NOVENO: Que, el delito de malversación de caudales público, también conocido como peculado, consiste en la conducta del empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustraere o consintiere que otro los sustraiga. Dos figuras contempla el artículo 233 del código de castigo con idéntica penalidad: i) La sustracción para sí, que hace el empleado público; y ii) La participación del empleado en la sustracción que un tercero hace de esos fondos. Debe ser, en principio, un empleado público. La segunda modalidad del delito (consentir en la sustracción) permite obviar la discusión acerca del actuar del funcionario como autor mediato con agente doloso: se castiga con la pena del autor al empleado público que utiliza a otro que no posee tal calidad en la sustracción de los bienes a su cargo, porque evidentemente consiente en ella (...).

Por su parte, la incomunicabilidad de la calidad funcionaria a los extraños que toman parte en el ilícito, se encuentra directamente vinculada a un tema controversial de la teoría de los delitos de índole patrimonial cometidos en perjuicio de la Administración Pública.

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.

La disputa acerca de la comunicabilidad o incomunicabilidad 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).

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 hurto o estafa común, cuyo sujeto activo es un particular no obligado por deberes para con la administración (...).

UNDÉCIMO: Que, existen estudios que, con gran profundidad, han abordado el tema de la comunicabilidad o incomunicabilidad en los delitos de malversación de caudales públicos y fraude al Fisco (Francisco Grisolia, Revista de Ciencias Penales, 3a época, Enero-Junio 1975, N° 1, T.XXX), 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 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 (...).

DECIMOTERCERO: Que, distinto es el caso de Ravanal Mellado, pues el carácter de funcionario público es una circunstancia de carácter personal respecto al ilícito en estudio, no siendo procedente su castigo a través de la figura materia de la acusación, que solo resulta aplicable a aquel personal que revista dicha calidad, debiendo entonces responder por el delito de hurto y no de malversación de caudales públicos, de concurrir en la especie los requisitos del ilícito común, por lo que cabe ahora discernir si es posible emitir una condena en este caso.

DECIMOQUINTO: Que, por lo razonado, se acogerá la tercera causal subsidiaria de nulidad propuesta por la defensa de Ravanal (...)."

3. COMENTARIO

La sentencia de la Corte Suprema que aquí se comenta, de 29 de mayo de 2023, aborda el problema de la comunicabilidad de la calidad de empleado público en los delitos funcionarios, temática que la doctrina y la jurisprudencia han discutido ya por demasiado tiempo.

Las distintas posturas respecto de la materia, algunas defendiendo la comunicabilidad de las circunstancias personales, otras propugnando la incommutabilidad de estas, y otras finalmente proponiendo una suerte de comunicabilidad limitada¹, han generado una situación de grave incertidumbre jurídica.

La importancia de la sentencia de la Corte Suprema radica en el hecho de que en ella se rechaza la posibilidad de comunicar la calidad de empleado público en los delitos especiales impropios, propugnándose, en cambio, la tesis de la incommunicabilidad de la calidad personal especial.

Conforme con la opinión mayoritaria, los delitos funcionarios constituyen delitos especiales, pues exigen para su configuración que la persona responsable haya ostentado una específica posición jurídica, a saber, la calidad de empleado público. Así, por ejemplo, el artículo 233 del Código Penal requiere que el autor del delito sea un empleado público que tenga los caudales o efectos públicos a su cargo². Como consecuencia de lo

¹ Para una revisión de las principales posturas, ver CURY, Enrique, 2011: *Derecho Penal. Parte General* (10° edición), Ediciones Universidad Católica de Chile, pp. 643 y siguientes; BALMACEDA, Gustavo, 2012: "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", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 19, N° 2, pp. 45-81, pp. 58 y siguientes.

² BALMACEDA, Gustavo, 2014: "La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco en el Derecho Penal Chileno", en *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, N° 20, pp. 77-120, p. 103; Corte Suprema, Rol 38490-2017, Considerando 6 (sentencia de reemplazo).

anterior, si una persona no cuenta con dicha calidad, no será posible sancionarla por el delito mencionado.

Los delitos especiales han sido tradicionalmente divididos en delitos especiales propios e impropios. Los primeros son aquellos en que la condición especial exigida por la ley funda el injusto, no existiendo un tipo penal común correlativo (así ocurre, por ejemplo, con el delito de prevaricación del artículo 223). Por el contrario, los delitos especiales impropios son aquellos en que la calidad personal exigida por el respectivo tipo penal solamente produce el efecto de agravar el juicio de reproche, de modo tal que, si dicho tipo penal no existiera, las personas que hubieren cometido la conducta ilícita serían de todas formas sancionadas por un tipo penal común (un ejemplo de delito especial impropio es el delito de malversación de caudales públicos). En efecto, tal como ha reconocido la Corte Suprema, el resultado de remover de consideración la especial calidad exigida por el artículo 233 no es la absolución de quien ha sustraído los caudales públicos, sino el reencuadre del hecho punible en un delito común contra la propiedad o el patrimonio, usualmente hurto o apropiación indebida, dependiendo de si el autor tenía o no los caudales públicos dentro de su esfera de custodia³.

Un sector minoritario de la doctrina defiende la comunicabilidad absoluta de la calidad especial en casos de delitos especiales impropios, señalando que todas las personas que hayan intervenido en la ejecución del delito especial debiesen ser sancionadas bajo ese título, siempre y cuando, por supuesto, al menos una de ellas haya reunido la calidad especial exigida por el tipo penal⁴.

La mayoría de la doctrina, sin embargo, rechaza el anterior planteamiento, y defiende que, en el caso de delitos especiales impropios, solamente el *intraneus* puede ser sancionado por el delito especial, en tanto el *extraneus* deberá responder por el delito común que corresponda aplicar ante la imposibilidad de recurrir al delito especial⁵.

Respecto de la postura de la jurisprudencia, si bien existen algunas sentencias en que los tribunales adoptaron la tesis de la comunicabilidad absoluta, actualmente es posible afirmar que la Corte Suprema adscribe a la postura mayoritaria en doctrina. Como consecuencia de lo anterior, en el caso de delitos especiales impropios, no corresponde

³ Corte Suprema, Rol 3799-2013, Considerando 5; Corte Suprema, Rol 38490-2017, Considerando 6 (sentencia de reemplazo).

⁴ NOVOA, Eduardo, 2005: *Curso de Derecho Penal Chileno* (2° edición), Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, pp. 248 y siguientes; GARRIDO, Mario, 2003: *Derecho Penal. Parte General* (3° edición), Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, pp. 332 y siguientes.

⁵ CURY, Enrique, 2011, pp. 646 y siguientes; ETCHEBERRY, Alfredo, 1998: *Derecho Penal* (3° edición), Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, pp. 81 y siguientes; NÁQUIRA, Jaime, 2017: *Derecho Penal Chileno. Parte General*, Tomo II, Thomson Reuters, p. 272; GRISOLÍA, Francisco, 1975: "La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude", en *Revista de Ciencias Penales*, Vol. XXXIV, N° 1, pp. 3-47, pp. 23 y siguientes; BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, 2007: *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, Legal Publishing, p. 177; VAN WEELZEL, Alex, 2007: *Delitos Tributarios*, Editorial Jurídica de Chile, pp. 114-115; RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, 2021: *Delitos contra la función pública* (3° edición), Editorial Jurídica de Chile, p. 140; ESCOBAR, Javier y CASTILLO, Ignacio, 2023: "Informe en derecho sobre los requisitos y alcance del delito de malversación de caudales públicos (causa RUC 1700358131-0)", en *Política Criminal*, Vol. 18, N° 35, pp. 490-511, pp. 58 y siguientes.

sancionar a las personas *extraneus* bajo dicho título, sino que ellas deben ser sancionadas por el delito común que sea aplicable. Como lo señala la Corte Suprema en la sentencia aquí comentada: “no parricidio, pero homicidio; no malversación, pero hurto; no fraude al Fisco, pero estafa”⁶.

Así, por ejemplo, en sentencia Rol 3799-2013, de fecha 30 de septiembre de 2013, la Corte Suprema sostuvo: “en delitos especiales impropios, como la malversación de caudales públicos, la calidad personal solo produce el efecto de agravar o morigerar el juicio de reproche, pero la conducta sigue siendo punible, aun sin esa cualificación, aunque sea a otro título. Esta distinción entre delitos especiales propios e impropios, es hoy aceptada y tratada –con matices– en la doctrina nacional, especialmente en materia de comunicabilidad en la participación criminal (...). Así las cosas, la cualidad personal del sujeto activo en el delito de peculado, no funda el injusto de la sustracción, sino solo lo incrementa, de manera que separada hipotéticamente dicha cualidad de los hechos fijados en el fallo, es posible aún subsumir y castigar la conducta en otro tipo de carácter general, en el presente caso, en el delito común de hurto del artículo 446 N° 2 del Código Penal”⁷.

La misma postura ha adoptado recientemente la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia Rol 4691-2020, de octubre de 2020. En este caso, un imputado trabajaba como empleado público en CENABAST, mientras que otra imputada trabajaba en una empresa privada. Ambas personas, concertadas previamente, cobraron a CENABAST facturas falsas por servicios inexistentes. A pesar de que el Ministerio Público acusó a ambas personas por el delito de fraude al fisco, el 8° Juzgado de Garantía de Santiago descartó condenar a la imputada *extraneus* por el mencionado delito, al no reunir la calidad especial de empleado público, condenándola, en cambio, por el delito de fraude de subvenciones del artículo 470 N° 8. En contra de esta sentencia, tanto el Ministerio Público como el Consejo de Defensa del Estado interpusieron recursos de apelación.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó los recursos interpuestos y confirmó la sentencia de primera instancia, argumentando que el delito de fraude al fisco “es de los denominados por la doctrina como delitos especiales impropios, esto es, aquellos que pueden ser cometidos por cualquier sujeto, pero en los que la calidad especial del partícipe (*intraneus*) agrava la penalidad, existiendo un tipo residual aplicable a los que

⁶ Corte Suprema, Rol 122925-2022, Considerando 9.

⁷ Corte Suprema, Rol 3799-2013, Considerando Quinto. Resulta fundamental destacar que, en su sentencia, la Corte Suprema se encarga de citar jurisprudencia pasada (Rol 2321-2007 y 4507-2007). En términos similares, en sentencia Rol 59856-2022, de mayo de 2023, la Corte Suprema acogió un recurso de nulidad interpuesto por una persona *extraneus* que había sido condenada por el delito de fraude al fisco del artículo 239. En particular, la Corte Suprema sostuvo 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”. Corte Suprema, Rol 59856-2022, Considerando 9 y 10.

no posean dicha cualidad (*extraneus*)”⁸. A continuación, la Corte de Apelaciones agregó: “Que justamente por revestir el delito antes mencionado la calidad indicada en el motivo anterior, en que existe un tipo penal especial para sancionar a los partícipes que no revisten la cualidad de funcionarios públicos (cuyo es el caso de los apelados), cual es la figura contemplada en el artículo 470 N° 8 del Código Penal, debe precisamente aplicárseles y sancionárseles de acuerdo a ella, por cuanto dicha cualidad especial no se comunica al *extraneus*, quien debe responder, como ya se dijo, por el tipo residual que fuere aplicable”⁹.

En conclusión, la sentencia Rol 122925-2022, de mayo de 2023, permite afirmar que actualmente la Corte Suprema estima que, en el caso de delitos especiales impropios, la calidad personal especial exigida por el respectivo tipo penal no se comunica desde el *intraneus* al *extraneus*. Por consiguiente, solamente aquellas personas que reúnan la condición especial exigida por el delito especial impropio podrán ser sancionadas bajo ese título. Por el contrario, las personas que no ostenten dicha calidad deberán ser sancionadas por el tipo penal común que corresponda.

Este comentario no ha tenido por finalidad criticar la decisión de la Corte Suprema, sino que todo lo contrario. La reciente sentencia de la Corte debe celebrarse, pues se alinea con la postura mayoritaria en doctrina, contribuyendo, de esta forma, a poner fin a una discusión que, por razones difíciles de entender, todavía se encuentra abierta.

A pesar de las limitaciones que un comentario de jurisprudencia impone, corresponde señalar que la postura de la incomunicabilidad de la calidad de empleado público en los delitos especiales impropios debe preferirse por razones de proporcionalidad. Si los delitos especiales impropios tienen una pena superior a los respectivos delitos comunes, ello únicamente se explica por la especial calidad personal que el tipo penal exige. Pues bien, si una persona no reúne dicha condición, ¿qué razón existiría para imponerle la pena aumentada del delito especial impropio en lugar de aquella del delito común? Como señalaba Cury, “parece a primera vista injusto castigar como cómplice de parricidio al tercero extraño (*extraneus*) que coopera con el hijo (*intraneus*) que da muerte a su padre (...), puesto que si el hecho estuviere despojado de calificantes y el *extraneus* fuese su autor único de propia mano”, se le debería condenar por un delito de homicidio simple¹⁰.

Los organismos encargados de la persecución penal en Chile debiesen tomar nota del actual criterio de la Corte Suprema, y adecuar sus prácticas y decisiones de persecución.

La importancia práctica que tiene la sentencia de la Corte Suprema aquí comentada es manifiesta. Basta considerar, a este respecto, que el imputado Ravanal había sido condenado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción a la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo como autor de 86 delitos consumados de malversación de caudales del artículo 233, a pesar de no haber reunido nunca la calidad de empleado

⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4691-2020, Considerando 3. 8° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 1116-2017, Considerando Séptimo.

⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4691-2020, Considerando 3 y 4. La sentencia de primera instancia corresponde a la Rit 1116-2017, del 8° Juzgado de Garantía de Santiago.

¹⁰ CURY, Enrique, 2011, p. 643.

público, circunstancia que fue incluso expresamente reconocida por el tribunal, el que reconoció que el acusado no ostentaba a la fecha de los hechos imputados la calidad de funcionario público en los términos exigidos por el artículo 260 del Código Penal, ni bajo ninguna otra circunstancia. A pesar de lo anterior, el tribunal de instancia decide adoptar la tesis de la comunicabilidad de la calidad de empleado público, condenando al imputado *extraneus* por el delito de malversación de caudales del artículo 233.

Si el tribunal de instancia hubiere acogido desde un comienzo la actual postura de la Corte Suprema, el imputado Ravanal habría sido condenado por el delito de hurto, con la consecuente rebaja penológica. En efecto, si en lugar de haber sido condenado por 86 delitos de malversación, el imputado mencionado hubiere sido condenado por 86 delitos de hurto, muy probablemente la pena impuesta no habría superado la de presidio menor en su grado máximo. Esto por cuanto el tribunal, si bien aplicó el régimen de acumulación jurídica del artículo 351 del Código Procesal Penal, reconoció, en favor del imputado, tres circunstancias atenuantes de responsabilidad penal (números 6, 7 y 9 del artículo 11).

