

8. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

FRAUDE AL FISCO

I. AGENTE PÚBLICO REMUNERADO A BASE DE HONORARIOS CONSTITUYE EMPLEADO PÚBLICO PARA EFECTOS PENALES. II. CAUSAL DE CASACIÓN EN LA FORMA DE INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE LA SENTENCIA, ACOGIDA. INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE LA SENTENCIA DE CONTENER LAS CONSIDERACIONES DE HECHO Y DE DERECHO, Y LAS RAZONES LEGALES Y DOCTRINARIAS QUE SIRVEN PARA CALIFICAR EL DELITO Y SUS CIRCUNSTANCIAS. III. DEBER DEL TRIBUNAL DE IMPONER LA PENA ACCESORIA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PERPETÚA PARA CARGOS U OFICIOS PÚBLICOS TRATÁNDOSE DEL DELITO DE FRAUDE AL FISCO.

HECHOS

En el marco de la investigación conocida como caso “MOP-GATE”, las defensas de los numerosos condenados deducen recursos de casación en la forma y en el fondo. De todos los recursos interpuestos, el Máximo Tribunal acoge los de casación en la forma de algunos enjuiciados, anulando la sentencia impugnada y dictando otra de reemplazo en la cual confirma la sentencia de primera instancia dictada por la Ministro en Visita Extraordinaria.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de casación en la forma (acogido)*

ROL: *25378-2014, de 28 de junio de 2016*

PARTES: *Sin identificar con Carlos Cruz Lorenzen y otros*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Haroldo Brito C., Sra. Andrea Muñoz S., Sr. Manuel Valderrama R.*

DOCTRINA

- I. *Un agente público remunerado a base de honorarios está incluido en la expresión “empleado público” para los fines de los artículos 239 y 260 del Código Penal. En efecto, el hechor ejerció una función pública en un cargo servido en un organismo creado por el Estado o dependiente de él, sea o no de elección popular (considerando 49° de la sentencia de casación).*
- II. *En la especie, la sentencia impugnada no da cumplimiento a los requisitos del artículo 500 N°s. 4 y 5 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que*

razonó, respecto de la incriminación atribuida al acusado, sobre la base de argumentos defensivos de otros enjuiciados y omitiendo toda consideración con aquellos fundamentos que dicho acusado quiso rebatir de la acusación en sus escritos de contestación. En consecuencia, el enjuiciado y recurrente tiene razón al reclamar de la falta de consideraciones sobre las específicas alegaciones para rebatir la acusación, aun cuando pudiera haber alguna similitud defensiva con las de otros procesados, pero dado el carácter estricto que significa la imputabilidad penal, dicho error no puede aceptarse, porque de alguna manera estaría convalidándose una argumentación analógica para atribuir responsabilidad penal a un sujeto del juicio criminal. Corresponde, entonces, tener por configurada la causal de casación en la forma del artículo 541 N° 9 del Código precitado (considerando 100° de la sentencia de casación).

Asimismo, ante la delicada imputación que se atribuye al acusado de haberse concertado con malicia cierta con funcionarios públicos, siendo él un extraño, y por ello ese particular elemento del fraude al Fisco, se le comunica por el solo hecho de haber intervenido en el contrato por el cual funcionarios públicos se aprovecharon de diferencias de dineros para otros fines no legales ni reglamentarios, sin explicar detalladamente la manera como en el caso particular del mismo recurrente a sabiendas habría participado en esa maquinación dolosa, hace que la sentencia recurrida no cumpla adecuadamente con las condiciones de explicar razonadamente como lo exige el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, todos los supuestos exigidos para demostrar la participación ilícita del enjuiciado en el hecho incriminado, de manera que también en ese aspecto el fallo revocatorio y perjudicial a los intereses del acusado adolece de la causal de casación en la forma del artículo 541 N° 9 del indicado Código (considerando 102° de la sentencia de casación).

- III. *El artículo 239 del Código Penal, junto con establecer una pena privativa de libertad, impone la obligación a los sentenciadores de considerar, además, la pena accesoria de inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio público que se establece, no en relación a la pena que en definitiva se imponga al sentenciado ni al grado de su participación, sino por la naturaleza misma del delito de que se trata. Del mismo modo, obliga la norma perentoriamente al pago de una multa especial, relacionada con el monto del perjuicio causado, en una determinada proporción, de manera que a su respecto, no cabe aplicar preceptos generales que la ley contempla, ya que su imposición es obligatoria por el solo hecho de constituir el delito de fraude al Fisco (considerando 4° de la sentencia de reemplazo).*

Cita online: CL/JUR/4632/2016

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 239 y 260 del Código Penal; 500 N°s. 4 y 5, 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal.

COMENTARIO AL FALLO ROL N° 25378-2014
DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA SOBRE COMUNICABILIDAD

ALEJANDRO GARCÍA CUBILLOS
Universidad Adolfo Ibáñez - Universidad de Chile

La extensión del fallo que se comenta no permite bajo ninguna circunstancia un pronunciamiento acabado sobre la multiplicidad de problemas jurídicos que se plantean; sin embargo, resalta de forma estridente la justificación y los criterios ofrecidos para defender o rechazar la comunicabilidad¹ al *extraneus*, a título de coautor, en el delito de fraude al fisco realizado por el *intraneus*, como caso de delito de infracción del deber.

En el considerando 97° del pronunciamiento se reproducen los argumentos de la sentencia de segunda instancia, que revoca la de primera, para afirmar coautoría de los *extraneus* en el delito de fraude al fisco: "... que existiendo un fraude al Fisco, ideado y llevado a cabo por funcionarios públicos, pero que habría sido absolutamente imposible de cumplir sin el acuerdo o consentimiento previo de los consultores, de alterar el precio y aceptar la boleta por un trabajo inexistente, lo coloca en la categoría de coautores a que se refiere el artículo 15 del Código Penal, aplicándoseles la comunicabilidad... y, por ser inverosímil que profesionales de la envergadura de los acusados no entiendan que abultar el precio de una obra con trabajos o estudios inexistentes es ilegítimo... no cabe sino concluir que a sabiendas participaban del fraude que se le proponía".

El problema de la postura declarada en el considerando recién reproducido es confundir dos cuestiones relacionadas pero totalmente disímiles: en primer término, bajo qué fundamentos se puede aceptar la comunicabilidad al *extraneus* del título de imputación del *intraneus*², y, por otro lado, cuáles serían los criterios para determinar el título de intervención del *extraneus*.

Ahora, si bien el fallo comentado acoge el recurso y revoca la sentencia de segunda instancia, respecto del condenado que alega falta de comunicabilidad, no lo hace por identificar los problemas enumerados en el párrafo precedente o por discrepar de la argumentación jurídico-penal identificada en el considerando 97°, sino por razones estrictamente procesales, dando a entender implícitamente que los criterios para sostener la comunicabilidad, y el título de intervención, serían,

¹ Véase una acabada exposición de las teorías sobre la comunicabilidad e incommunicabilidad en OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, Sobre la calidad de funcionario público en los delitos funcionarios y la punibilidad de quienes no la poseen, en *Doctrina y Jurisprudencia penal I* (2012), pp. 539 y ss.

² O también en el tipo penal correspondiente si se tratase de un delito especial impropio.

podría decirse, idóneos. Así se puede observar en el considerando 102° que acá se transcribe: “Que claramente del relato señalado³, ante la delicada imputación que se atribuye a G., de haberse concertado con malicia cierta con funcionarios públicos, siendo él un *extraneus*, y por ello ese particular elemento del fraude al Fisco, se le comunica por el solo hecho de haber intervenido en el contrato por el cual funcionarios públicos se aprovecharon de diferencias de dineros para otros fines no legales ni reglamentarios, sin explicar detalladamente la manera como en el caso particular del mismo recurrente a sabiendas habría participado en esa maquinación dolosa, hace que la sentencia recurrida no cumpla adecuadamente con las condiciones de explicar razonadamente como lo exige el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal”. En otras palabras, la Excma. Corte respalda que los criterios ofrecidos son apropiados para imputar responsabilidad penal a los *extraneus* como coautores, discrepando que en la situación particular concurren los requisitos.

Por lo anterior, abstrayendo los parámetros de la circunstancia particular, el fallo acepta la comunicabilidad y la coautoría de los *extraneus* si existe un fraude al fisco (o delito funcionario) ideado y llevado a cabo por funcionarios públicos; que, en segundo lugar, sea imposible de realizar sin el acuerdo, consentimiento o colusión⁴ de los no funcionarios públicos, y, en tercer lugar, que los externos al delito conozcan el fraude (o delito) que se realiza. Sin embargo, la justificación es errada para el resultado que se pretende.

En primer lugar, la posibilidad de que los sujetos que no detentan la calidad especial descrita en el tipo puedan ser responsables penalmente es una decisión legislativa⁵ o por lo menos una respuesta dogmática razonable ante la omisión en la ley. En todo evento, si se asume que a los *extraneus* se les puede imputar el hecho, ello nada dice aún sobre el título de intervención que les correspondería o, de forma más relevante, cuál sería la pena a aplicar. Como se ha venido sosteniendo, la imputación al hecho es una cuestión anterior a la determinación del título de intervención (ya sea autoría o alguna forma de participación)⁶.

En segundo lugar, manifestar que los sujetos que no detentan la calidad especial en los delitos de infracción de deber pueden intervenir a título de (co)autores

³ En referencia al considerando 101°, el cual relata los mismos hechos ya expresados en el considerando 97°.

⁴ Término utilizado en el considerando 101°.

⁵ Así puede observarse el caso particular del derecho penal español, específicamente el artículo 65.3 del Código Penal de dicho país. En nuestra doctrina se intenta encontrar respuesta en una particular lectura del artículo 64 del Código Penal, sin encontrarse expresamente en éste la identificación o resolución de tal problema.

⁶ WINTER ETCHEBERRY, Jaime, Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal chileno, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 17 (2014), pp. 40 y ss.

implica desconocer totalmente que ellos no son destinatarios de deber extrapenal o de la misma norma penal. En este sentido la decisión que se comenta pareciese volver el antiguo concepto unitario de autor, para el cual sería suficiente algún aporte causal para el resultado (del delito fraude al fisco) o simplemente renunciar al concepto de accesoriedad⁷, olvidando por completo que justamente los delitos especiales (y los de infracción de deber) son un argumento para abandonar tal concepto y sus consecuencias. A mayor abundamiento, la cuestión de la comunicabilidad o no comunicabilidad en los delitos especiales, específicamente en los delitos de infracción de deber, ya sea bajo una distinción cualitativa entre autores y partícipes (caso en el cual los *extraneus* colaborarían en el hecho del *intraneus*) o cuantitativa (entendiéndose que la competencia por el hecho siempre sería menor en el caso de los que no detentan la calidad especial) nunca debiese implicar que el *extraneus* infringe a título de autor una norma penal respecto de la cual en principio no es destinatario.

En conclusión, ni siquiera cuando pareciese ser increíblemente significativo, relevante y necesario el aporte del *extraneus*, incluso cuando se haya concertado con el *intraneus* en el caso concreto, puede ello implicar calificarlo como funcionario público o destinatario de algún tipo que requiera tal calidad, sin perjuicio de conceptualizar o no su aporte a título de participación.

⁷ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, Autoría y participación, en *Revista de Estudios de la Justicia* 10, (2008), pp. 13 y ss.