

12. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

I. CARABINEROS ACUSADOS QUE ACEPTARON Y RECONOCIERON LOS HECHOS IMPUTADOS EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO. CONCERTACIÓN ENTRE UNIFORMADOS CON CIVILES PARA SUSTRAYER CUANTIOSAS SUMAS DE DINERO DE LA INSTITUCIÓN. II. CALIDAD DE AUTORES DEL DELITO. CONDENADOS CON PLENO CONOCIMIENTO CONSINTIERON EN PARTICIPAR LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL DESTINADA A LA SUSTRACCIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS DESDE LAS ARCAS DE CARABINEROS DE CHILE

HECHOS

Defensa de los sentenciados se alza en contra de la sentencia dictada en procedimiento abreviado, que los condenó autores del ilícito de malversación de caudales públicos. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones confirma en todas sus partes la sentencia apelada, con voto en contra.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de apelación (confirma)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Santiago*

ROL: *3417-2019, 29 de julio de 2019*

PARTES: *Ministerio Público con Arnoldo Pasten Pasten, y otros*

MINISTROS: *Sr. Javier Moya Cuadra, Sr. Guillermo de la Barra Dünner y Abogado Integrante Sr. Rodrigo Rieloff Fuentes.*

DOCTRINA

- En la especie, resulta preciso acudir a los hechos asentados en este proceso, que por consiguiente se dieron por probados, y de los cuales –dado el procedimiento abreviado al que se sujetaron voluntariamente los acusados– fueron aceptados y reconocidos por los mismos; pues bien, aquello fluye de lo establecido en el considerando noveno del fallo recurrido, párrafos segundo y tercero, a saber: “Que entre los años 2006 y 2017 funcionarios públicos adscritos a distintos estamentos y departamentos de Carabineros de Chile, actualmente formalizados en causa RUC 1601014175-7, a quienes correspondía, entre otras tareas, la custodia de caudales públicos de dicha institución, formaron una organización criminal para sustraerlos o consentir que otros terceros imputados los sustrajeran, abusando de las*

facultades de custodia y administración que ejercían en sus respectivos cargos y funciones, aprovechándose de sus distintas posiciones, conocimientos especiales e información relevante, que tenían en razón de los cargos que ejercían en Carabineros de Chile, lo que además les permitió eludir por años los controles internos y externos sobre tales recursos públicos. Asimismo, en estos hechos también intervinieron civiles imputados que, conociendo la calidad de funcionarios públicos y las funciones que ejercían sus coimputados, y concertados con éstos, facilitaron los medios para que se concretara la sustracción de caudales públicos por una suma total que a la fecha asciende a \$28.348.928.198.- (veintiocho mil trescientos cuarenta y ocho millones novecientos veintiocho mil cientos noventa y ocho pesos)”. Conforme se estableciera en la misma sentencia recurrida, los hechos descritos precedentemente, aceptados por los condenados, son constitutivos del ilícito, previsto y sancionado, en el artículo 233 del Código Penal, desde que claramente se concertaron uniformados pertenecientes a Carabineros de Chile con civiles, ajenos a la institución policial, para sustraer cuantiosas sumas de dinero desde la misma (considerandos 6° y 7° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

- II. *En la especie, los condenados tenían pleno conocimiento de la calidad de funcionarios públicos de los hechos de los ilícitos, descritos en la consideración sexta anterior y, además, consintieron en participar en dicha organización criminal destinada a la sustracción de caudales públicos desde las arcas de la institución pública de Carabineros de Chile al recibir por diversos medios estas cuantiosas sumas, conociendo el origen público de esas sumas, por lo que no resulta, a juicio de estos sentenciadores, atendible, pretender que estos no tengan, igualmente, la calidad de autores del delito de malversación de caudales públicos que fuera establecida, precisamente, en la medida que, respecto de ellos se hace aplicable la norma contenida en el artículo 15 N° 3 del Código Penal, esto es, “los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”, razón por la cual forzoso es concluir que el Tribunal a quo no ha errado, como sostiene la defensa, en la calificación jurídica de los hechos por los que vienen siendo condenados sus representados en calidad de autores (considerando 8° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

Cita online: CL/JUR/12438/2019

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 370 letra b) y 414 del Código Procesal Penal; 233 del Código Tributario; 27 de la Ley N° 19.913.*

DELIMITACIÓN DEL CÍRCULO DE AUTORES EN LOS DELITOS ESPECIALES

ALEJANDRA OLAVE ALBERTINI

Universidad de Chile

Por medio de la sentencia del día 29 de julio de 2019, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia definitiva que condenaba como coautores por concierto previo a siete civiles por el delito de malversación de caudales públicos en procedimiento abreviado. La Corte conoció del caso por un recurso de apelación interpuesto contra dicha sentencia por el abogado defensor de los condenados en el que se argumenta que la condena no procedería, por ser la malversación de caudales públicos un delito especial, a saber, un delito que requiere para su realización no solo que la conducta ejemplifique la descripción contenida en el tipo, sino que el o los autores detenten un determinado estatus (que sean, por lo tanto, *intrañeus*). En el caso del delito en cuestión, ese estatus requerido sería el de empleado público, tal como se encuentra definido en el artículo 260 del Código Penal.

Los argumentos de la Corte para confirmar la sentencia dejan bastante que desear. Estos se detallan en el considerando octavo y se reducen a afirmar que los condenados “(...) tenían pleno conocimiento de la calidad de funcionarios públicos de los hechos de los ilícitos (...) y, además, consintieron en participar en dicha organización criminal destinada a la sustracción de caudales públicos desde las arcas de la institución pública de Carabineros de Chile al recibir por diversos medios estas cuantiosas sumas, conociendo el origen público de esas sumas (...)”, lo que, para la Corte, permite arribar a la conclusión de que no sería atendible “pretender que [los condenados] no tengan, igualmente, la calidad de autores del delito de malversación de caudales públicos”, coautoría que se fundaría en el concierto previo de estos, según lo establecido en el artículo 15 N° 3 del Código Penal. La Corte, de esta forma, fundamenta la condena de sujetos que no detentan la calidad de empleados públicos (y que son, por ello, *extraneus*), tal como es requerido por el encabezado del artículo 233 del Código Penal, en el hecho de que los sujetos habrían consentido en participar organizadamente en la comisión del delito con otros sujetos que sí detentaban dicho estatus, teniendo pleno conocimiento de que aquellos eran funcionarios públicos. Como puede observarse, la Corte argumenta respecto de un punto que no viene al caso. El hecho de que los condenados tuvieran conocimiento del estatus de funcionarios públicos de aquellos con quienes actuaron no es puesto en cuestión por el recurso, como tampoco se cuestiona que efectivamente los condenados actuaron en conjunto con quienes detentaban ese estatus. Lo que el recurso problematiza es

que se condena a quienes no cumplen con uno de los requisitos del tipo penal, a saber, ser empleado público.

El punto no es pasado por alto por el voto disidente,¹ el que alude explícitamente la categoría de delitos especiales a la que pertenecería el delito de malversación de caudales públicos, delito que, por pertenecer a dicha categoría, solo podría cometerse por quienes detentan un determinado estatus, a saber, “(...) la calidad de funcionario público que resulta, a juicio de este disidente, en incommunicable a los extraños a la administración estatal”².

Si bien la sentencia no hace alusión a la categoría de delitos especiales, una lectura (bastante) caritativa de lo que la Corte plantea podría considerar que está defendiendo la tesis de que, en la medida en que existan coautores que sean *intrañeus*, podrá condenarse a los *extraneus* que actúen con estos a título de coautores (por concierto previo, en este caso). Entendida de esa forma, bastaría con que algunos de los coautores (la sentencia no explicita si se requiere que sean coautores ejecutivos, en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal) detenten la calidad de funcionario público establecida en el artículo 233 del Código Penal para que se considere que, a todo coautor, incluyendo a los *extraneus*, le sea imputable el delito en cuestión.

Semejante conclusión implica la adopción de una postura a favor de lo que se conoce como la “comunicabilidad” de circunstancias personales tales como la calidad de funcionario público para los *extraneus* cuya conducta justificaría una imputación a título de coautores³. Si bien se trata de un asunto cuyo análisis escapa con creces los límites del presente comentario, un acercamiento inicial al problema deberá comenzar por la pregunta acerca de la estructura de los delitos especiales, para luego examinar qué consecuencias podría tener el modelo adoptado para efectos de la imputación penal a *extraneus*, y si dichas consecuencias son aplicables solo para casos de autoría o también para casos de participación accesoría.

Para efectos del análisis de la estructura de los delitos especiales,⁴ la primera pregunta que cabría plantearse ante la distinción entre delitos especiales

¹ No deja de llamar la atención que sea el mismo disidente quien redacta la sentencia, en especial considerando que ésta no logra hacerse cargo del punto principal del recurso de la defensa.

² Considerando 5°, voto disidente.

³ A favor de la tesis de la comunicabilidad irrestricta, NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno*, (Santiago, 1966), Tomo II, pp. 239 y ss.

⁴ Doctrinariamente suele distinguirse entre los llamados delitos especiales propios y delitos especiales impropios. Ambos corresponderían a delitos en los que se exige alguna calidad especial al autor, distinguiéndose en que, mientras los delitos especiales propios “(...) no existe una figura paralela para los sujetos no calificados (...)”, en los delitos especiales impropios,

y delitos comunes es si existe realmente una diferencia entre ambos o si los delitos especiales son simplemente una sub-especie de delitos comunes en los que, además de exigir una determinada conducta, se exige que el sujeto que la ejecuta detente un determinado estatus. Bajo esta concepción, la exigencia de que el autor detente una determinada cualidad (un elemento típico referido a su estatus en tanto autor) sería una exigencia equivalente a otras referidas a la conducta, tal como sería la apropiación para el hurto, o referidas al objeto, como la ajenidad, igualmente requerida para el hurto. La norma de comportamiento, por lo tanto, estaría dirigida a toda la población, mas el específico deber de ejecutar u omitir una determinada conducta se presentaría situacionalmente solo para aquellos que estuvieran ante una oportunidad-para-la-acción, a saber, para quienes se encontraran en la situación de seguir la norma. En el caso del hurto, esta se presenta cuando un sujeto se encuentra ante un bien mueble ajeno. En el caso de la malversación de caudales públicos, esta se presentaría cuando un sujeto sea empleado público y tenga a su cargo caudales o efectos públicos de particulares en depósito, consignación o secuestro.

Defender, en cambio, que los delitos especiales se diferencian en su estructura de los delitos comunes, significa afirmar que la exigencia de detentación de un estatus no sería equivalente a otras exigencias típicas. Así, ya a nivel de la norma de comportamiento existiría una limitación al círculo de autores susceptibles de realizar la conducta prohibida o abstenerse de ejecutar la conducta requerida. Una concepción de los delitos especiales que va en esta dirección fue planteada ya por Binding, quien afirma que en los delitos especiales la norma estaría dirigida solo a un grupo específico de sujetos. Desarrollando la postura de Binding, Nagler llegó a afirmar que, en el caso de los delitos especiales, solo un grupo específico de sujetos se encontraría obligado por la norma, la que delimitaría su círculo de destinatarios⁵. A diferencia de los delitos comunes, en los que el círculo de destinatarios consiste en la totalidad de la población, los delitos especiales delimitan su alcance a un grupo dentro de la comunidad.

La pregunta es, entonces, cuál de las siguientes formulaciones de la estructura de la norma de comportamiento es la que deberá preferirse:

- (1) Prohibido/requerido Y comportamiento de X individuos
- (2) Para X individuos, prohibido/requerido Y comportamiento

“(…) tienen un correlato para el sujeto no calificado –como el parricidio (art. 390), que de no existir el vínculo parental es homicidio simple (art. 391)–” (GARRIDO, Mario, *Derecho Penal Parte General*, (Santiago, 2003), Tomo II, pp. 73 y ss.) En los delitos especiales impropios, por lo tanto, existiría una figura residual común, aplicable a todos quienes no presenten las especiales características requeridas por la norma de comportamiento.

⁵ GÓMEZ, Víctor, *Los delitos especiales*. (Montevideo, 2006), pp. 67 y ss.

Mientras la primera formulación se corresponde con normas de comportamiento dirigidas a toda la población, la segunda formulación se corresponde con normas de comportamiento que limitan el círculo de posibles sujetos susceptibles de quebrantar la prohibición o requerimiento. Resulta pertinente mencionar que no existen razones lógicas para preferir una u otra formulación⁶. Así, cualquier norma de comportamiento podría expresarse tanto bajo la primera como bajo la segunda formulación. Por ejemplo, el delito de violación podría considerarse como una prohibición que vincula solo a falo-portadores. Y viceversa, una norma como la que prohíbe el cohecho podría considerarse como una dirigida a toda la población, cuyas condiciones de quebrantamiento son: que se trate de un empleado público y que solicite o acepte recibir mayores derechos de los que se señalan en razón de su cargo para ejecutar un acto propio de este⁷. En este último caso, la oportunidad para seguir la norma se presenta solo para quienes sean empleados públicos, tal como la oportunidad para seguir una norma como la que prohíbe el homicidio se presenta solo para quienes se encuentran ante la presencia de otro (la astronauta que se encuentra sola explorando otro planeta no cuenta con la oportunidad para abstenerse de matar a otro), lo que no obsta a que todos (astronauta incluida) se encuentran vinculados por la norma que prohíbe el homicidio⁸.

Ante la falta de razones lógicas para preferir una u otra formulación, lo que corresponde es preguntarse si existen razones sustantivas para favorecer la segunda formulación. En efecto, una de las principales críticas que se ha hecho a la tesis esbozada por Binding y desarrollada por Nagler es que no existirían razones que justifiquen la supuesta delimitación del círculo de autores por parte de la norma de comportamiento. Se trata de un punto fundamental, tomando especialmente en cuenta las consecuencias que trae la elección para efectos de la imputación en casos de concurso de personas. Así, de favorecerse que existen buenas razones para afirmar que los delitos especiales se corresponden con (2), un *extraneus* jamás podrá ser autor de un delito especial. Pues bien, corresponde revisar si existen buenas razones para favorecer, en el caso de la malversación de caudales públicos, la segunda formulación de la norma de comportamiento.

⁶ ROSS, Alf, *Directives and norms* (New York, 1968), pp. 106 y ss.

⁷ VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norm and action*, (Londres, 1963), pp. 81 y ss. Esto es igualmente identificado por KAUFMANN, Armin, "Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 37:1, (1984), p. 12.

⁸ En este mismo sentido, JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. (Madrid, 1991), 6/91 y p. 877.

Nagler avanzó en la senda de aclarar las razones para la delimitación del círculo de autores en los delitos especiales, proponiendo indicadores cuyo común denominador consiste en la específica posición que ocuparía el universo de sujetos vinculados por la norma como una que justifica la imposición de deberes específicos, tal como sería el vínculo institucional que presenta un empleado público, si se toman en consideración los delitos contra la función pública (“delitos de funcionarios”) como delitos cuya clasificación dentro de la categoría de delitos especiales es relativamente pacífica en la doctrina nacional y extranjera. Así, la especial posición en la que se encuentran algunos sujetos, tales como los funcionarios públicos, justifica que el legislador les imponga deberes que no impone a quienes no detentan su estatus. La justificación de la delimitación del universo posible de autores se relaciona con las específicas propiedades que detenta un sujeto y su vinculación con los deberes que le son exigibles, y da luces respecto a la distinción entre delitos especiales y delitos comunes. En efecto, lo que debe constatarse es que existen casos en los que los sujetos detentan un determinado estatus que los pone en una posición especial que justifica su vinculación a deberes específicos propios de la posición ocupada, tal como lo sería el vínculo institucional que presenta, por ejemplo, un funcionario público. Así, en la medida en que el que el fundamento de la ilicitud de la malversación de caudales públicos consiste en la necesidad de aseguramiento de la probidad en el ejercicio de la función pública, en tanto correcto funcionamiento del aparato estatal,⁹ tiene sentido que se limite el universo de sujetos sometidos a dicho deber de aseguramiento a quienes desempeñan funciones públicas bajo el aparato estatal. Esto, porque es razonable que la imposición del deber del ejercicio imparcial de la función pública se establezca solo para los funcionarios públicos¹⁰.

Nótese que, bajo este esquema, los mal llamados “delitos especiales improprios” no son más que delitos comunes. En efecto, la “impropiedad” que se reconoce ya en el nombre otorgado a la categoría se desvanece si se reconoce que simplemente se trata de delitos comunes cuya estructura corresponde a

⁹ En ese sentido, MAÑALICH, Juan Pablo, “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, en *Revista Política Criminal* 7 N° 14 (2012), p. 367. Al respecto, OSSANDÓN, Magdalena y RODRÍGUEZ, Luis, *Delitos contra la función pública*, (Santiago, 2004), pp. 388 y ss.

¹⁰ Es en este mismo sentido en el que resulta razonable que en el caso de normas de requerimiento que se deducen a partir de las normas prohibición, estas solo se dirijan a determinadas personas: los garantes. Precisamente por detentar una posición de garantía, se les dirige *sólo a ellos* una norma especial de requerimiento deducida inferencialmente a partir de una norma de sanción. Así, CONTESE, Javier, “Tentativa de delito y concurso de personas en el hecho punible”, en Ambos, Kai y Guzmán, José Luis (eds.) *Derecho y cambio social. Estudios críticos en homenaje a Eduardo Novoa Monreal* (Santiago, 2018), pp. 47 y ss.

la primera formulación¹¹. Esto significa que, para el caso de los así llamados delitos especiales impropios, un *extraneus* sí podría llegar a ser autor, a saber, en aquellos casos en los que el *extraneus* se representa erróneamente contar con el estatus requerido por la norma, caso en el que este sería autor de tentativa.

Este (si bien excesivamente breve) análisis acerca de la estructura de los delitos especiales permite observar con claridad el error en el que recae la decisión de la Corte, de confirmar la sentencia. Al tratarse de un delito especial propio, la norma de comportamiento que prohíbe sustraer o consentir que otro sustraiga caudales o efectos públicos o de particulares que el empleado público tenga en depósito, consignación o secuestro está dirigida *exclusivamente* a empleados públicos, categoría definida en el artículo 260 del Código Penal. De esta forma, si bien el voto disidente llega a la conclusión correcta, yerra al afirmar que la calidad de funcionario público estaría destinada a agravar la responsabilidad penal de quienes ostentan esa condición. Al tratarse de un delito especial propio, la calidad de funcionario público no *agrava* la responsabilidad, sino que es el *fundamento* de ésta¹².

Lo que se encuentra detrás de dicha afirmación es la comprensión del delito de malversación de caudales públicos como un delito especial impropio, siendo el delito común que le sirve de base el de apropiación indebida, la que se vería agravada por el hecho de que quien se comporta de la forma establecida en el tipo sea un empleado público¹³. Como se ha visto, hay buenas razones para entender que se trata de un delito especial y, por lo tanto, descartar que se trate de un delito común (en el sentido en el que los delitos “especiales impropios” son delitos

¹¹ MAÑALICH, Juan Pablo, “Tentativa, error y dolo”, ob. cit., p. 63.

¹² Y si bien la razón por la que se justifica entender que solo los funcionarios públicos se encuentran vinculados por la norma de comportamiento que se deduce del artículo 233 por su pertenencia institucional a la administración del Estado, esto no es equivalente a afirmar que el comportamiento requerido para el quebrantamiento de la norma podría consistir en la infracción a algún deber extra-penal, como lo afirman algunos partidarios de que esta clase de delitos pertenecería a la categoría de los llamados “delitos de infracción de deber”. Para una crítica a esta posición, enfocada principalmente en su irrelevancia dogmática al momento de explicar la estructura de los delitos especiales, véase MAÑALICH, Juan Pablo, “La malversación de caudales públicos”, ob. cit., pp. 359 y ss. y MAÑALICH, Juan Pablo, “La estructura de la autoría mediata”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV* (2010), pp. 407 y ss.

¹³ La diferencia en la estructura de las respectivas normas de comportamiento antes planteada no significa que la respuesta al caso acá planteado sea distinta. Así, incluso si la malversación de caudales públicos fuese un delito “especial impropio” (delito común), quienes no cumplen con los requisitos establecidos en el tipo no podrán ser hechos responsables a título de coautores, salvo que se representen erróneamente cumplir con dichos requisitos, en cuyo caso podrán ser hechos responsables en tanto autores de tentativa. Al respecto, véase MAÑALICH, Juan Pablo, “Tentativa error y dolo”, ob. cit. pp. 364 y ss.

comunes). Esto, independiente del hecho de que la norma de comportamiento dirigida exclusivamente a empleados públicos constitutiva del delito de malversación de caudales públicos describa conductas que también son constitutivas de uno o más delitos comunes (por ejemplo, apropiación indebida)¹⁴.

Esto último da ciertas luces acerca de la posible responsabilidad penal que podría recaer sobre los civiles. Pues si bien no pueden responder como coautores del delito de malversación de caudales públicos, en la medida en que su conducta coincida con lo establecido en algún tipo penal común, podrán ser imputables por dicho delito, tal como lo serían los delitos de apropiación indebida y distracción indebida, tipificados en el art. 470 N° 1¹⁵. Sin embargo, un análisis de los hechos que el tribunal ha dado por probados, permite descartar esta opción. Ello, porque la actuación de los civiles no admite ser subsumida bajo alguno de los tipos penales antes mencionados, toda vez que esta es descrita por la Corte como la facilitación de medios a los funcionarios de Carabineros para la sustracción de caudales, existiendo un concierto previo con Estos. En la medida en que ninguno de los civiles haya realizado conductas ejecutivas consistentes en la sustracción o distracción de dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido por algún título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, estos no podrán ser imputados como coautores del delito de apropiación indebida o del delito de distracción indebida¹⁶.

Contra planteado en el voto disidente, entonces, no será posible imputar a los civiles la realización de alguna de las conductas descritas en el artículo 470 N° 1. Y si bien tampoco es posible plantear que existe un quebrantamiento de la norma de comportamiento que se deduce de la norma de sanción establecida en el artículo 233 del Código Penal por parte de los civiles, sí es posible afirmar un quebrantamiento de un deber secundario derivado de dicha norma de comportamiento, deber que ya no restringe su círculo de destinatarios a los empleados públicos, sino que se encuentra dirigido a toda la población. En efecto, se trata del deber de evitar comportarse de manera tal que dicho

¹⁴ MAÑALICH, Juan Pablo, “La malversación de caudales públicos”, ob. cit., p. 363.

¹⁵ Sobre la estructura típica de dichos delitos, véase MAÑALICH, Juan Pablo, “Apropiación y distracción indebidas”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 25 N° 1 (2018), pp. 1 y ss.

¹⁶ Esto, porque la falta de exigencia de contribución ejecutiva propia del 15 N° 3 hace que esta forma de coautoría tenga un carácter subordinado a la coautoría ejecutiva del 15 N° 1. En efecto, no es posible que en un caso solo existan coautores en el sentido del 15 N° 3, pues ello significaría que ninguno de los coautores tomó parte en la ejecución del hecho, lo que resulta imposible. Al respecto, MAÑALICH, Juan Pablo, “Organización delictiva”, en *Revista Chilena de Derecho* 38 N° 2 (2011), pp. 283 y ss.

comportamiento constituya una contribución a que uno o más sujetos pertenecientes al universo de destinatarios de la norma de comportamiento, la quebrante. Esto quiere decir que, si bien los civiles no se encuentran directamente obligados por la norma que prohíbe conductas constitutivas de malversación de caudales públicos, sí se encuentran obligados a no contribuir con su conducta a que quienes sí se encuentran obligados (los empleados públicos) por la norma, se comporten de una forma que sea constitutiva de malversación¹⁷. Dicha conducta contributiva constituye lo que en la dogmática del concurso de personas se conoce como participación, la que puede presentarse en la forma de inducción o complicidad.

Así, y en contra de lo defendido por sectores de la doctrina en Chile, no existe problema alguno en afirmar que un *extraneus* puede ser inductor o cómplice de un delito especial, pues precisamente en eso consiste el carácter accesorio de la participación: el partícipe accede a un delito *ajeno* y, en ese sentido, responde por su colaboración a la actuación de *otro*. Así, un compromiso con dicho carácter lleva a entender que un *extraneus* puede colaborar en la ejecución de un delito de malversación de caudales públicos a pesar de no ser funcionario, “del mismo modo que el sacerdote que une a los novios interviene en un matrimonio, a pesar de que él no se casa”¹⁸⁻¹⁹.

Volviendo a la sentencia analizada, la conducta de los civiles consistente en facilitar medios para concretar la sustracción de los caudales públicos, en la medida en que no sea posible considerarla constitutiva de coautoría por concierto previo, resulta constitutiva de complicidad, en los términos del art. 16. En efecto, tal como existen buenas razones para someter a los funcionarios públicos a deberes especiales a los que no se somete al resto de la población, existen también para requerir de todos los ciudadanos omitir colaborar con el quebrantamiento de esos deberes especiales por parte de quienes los detentan.

¹⁷ GARDNER, John, “Complicity and causality”, en *Criminal law and philosophy 1*, N° 2 (2006), pp. 131 y s.

¹⁸ GIMBERNAT, Enrique, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, (Madrid, 1966), p. 278.

¹⁹ Nótese que este punto es fundamental para entender que una defensa irrestricta al principio de accesoriedad de la participación no contradice lo establecido en el artículo 64 del Código Penal. En efecto, no se trata de que circunstancias que “agravan” la responsabilidad de quien delinque estén siendo utilizadas para “agravar” la responsabilidad del partícipe, sino que el partícipe está respondiendo por su propia conducta, *porque* su conducta es susceptible de ser descrita como auxiliar de la conducta principal del o de los autores, quienes detentan un estatus especial.

CORTE DE APELACIONES:

Santiago, veintinueve de julio de dos mil diecinueve.

VISTOS, OÍDOS LOS INTERVINIENTES Y TENIENDO PRESENTE:

Primero: Que, con fecha dieciocho de junio de dos mil diecinueve, ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RIT N° O-16286-2018, RUC N° 1800874988-0, seguida en contra de los acusados Ángel Ricarte Aguilera Bravo, Arnaldo Alfonso Pasten Pasten, Caín de la Cruz Sáez Reyes, Carlos Alberto Abarca Gallardo, Carlos Daniel González Sánchez, Carlos Mauricio Cifuentes Fuentes, Ernesto Alfredo Ramírez Araneda, Gastón Eduardo Rojas Cerda, Humberto Iván Avendaño Garrido, Jorge Víctor Bettiz Mariño, Julia Elizabeth Bettiz Mariño, Miguel Ángel Bettiz Mariño, Pedro Alfredo Martínez Cornejo y Wilma de los Ángeles Miranda Domínguez, se dictó sentencia condenatoria, en procedimiento abreviado, que en su parte resolutive declaró: “I.- Que se condena a: 1.- Ángel Ricarte Aguilera Bravo, 2.- Arnaldo Alfonso Pasten Pasten, 3.- Caín de la Cruz Sáez Reyes, 4.- Carlos Alberto Abarca Gallardo, 5.- Carlos Daniel González Sánchez, 6.- Carlos Mauricio Cifuentes Fuentes, 7.- Ernesto Alfredo Ramírez Araneda, 8.- Gastón Eduardo Rojas Cerda, 9.- Humberto Iván Avendaño Garrido, 10.- Jorge Víctor Bettiz Mariño, 11.- Julia Elizabeth Bettiz Mariño, 12.- Miguel Ángel Bettiz Mariño, 13.- Pedro Alfredo Martínez Cornejo, y 14.- Wilma de los Ángeles Miranda

Domínguez, sin costas, a la pena de, en su caso: i) Miguel Ángel Bettiz Mariño: tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, multa de once UTM y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta de profesiones titulares mientras dure la condena, por el delito de malversaciones de caudales públicos del art. 233 del Código Penal. Y a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, multa de treinta UTM y accesorias de suspensión de cargo y oficio público durante la condena, como autor del delito de lavado de activos del art. 27 de la Ley N° 19.913. ii) Ángel Ricarte Aguilera Bravo, Arnaldo Alfonso Pasten Pasten, Caín de la Cruz Sáez Reyes, Carlos Alberto Abarca Gallardo, Carlos Daniel González Sánchez, Carlos Mauricio Cifuentes Fuentes, Ernesto Alfredo Ramírez Araneda, Gastón Eduardo Rojas Cerda, Humberto Iván Avendaño Garrido, Jorge Víctor Bettiz Marino, Julia Elizabeth Bettiz Marino, Pedro Alfredo Martínez Cornejo, y Wilma de los Ángeles Miranda Domínguez: a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, multa de once UTM y accesorias de suspensión de cargo y oficio público durante la condena, como autores del delito de malversación de caudales públicos. Asimismo, a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, más multa de treinta UTM y accesorias de suspensión de cargo y oficio público durante la condena, por el delito de

lavado de activos, perpetrado en esta jurisdicción en las fechas indicadas en la acusación. II.- Que cumpliéndose los requisitos de la Ley N° 18.216, se le concederá al sentenciado Miguel Ángel Bettiz Marino, el beneficio de libertad vigilada intensiva por el lapso de la condena, abonándosele, en caso de revocación, 617 días, tal como consta de los antecedentes. Para todos los demás, cumpliéndose los requisitos legales, se les concederá la remisión condicional de la pena por el lapso de sus condenas, abonándoseles en caso de revocación en su caso: 1.- Ángel Ricarte Aguilera Bravo, 495 días, 2.- Arnaldo Alfonso Pasten Pasten, sin abonos, 3.- Caín de la Cruz Sáez Reyes, sin abonos, 4.- Carlos Alberto Abarca Gallardo, sin abonos, 5.- Carlos Daniel González Sánchez, sin abonos, 6.- Carlos Mauricio Cifuentes Fuentes, sin abonos, 7.- Ernesto Alfredo Ramírez Araneda, sin abonos, 8.- Gastón Eduardo Rojas Cerda, sin abonos, 9.- Humberto Iván Avendaño Garrido, sin abonos, 10.- Jorge Víctor Bettiz Mariño, sin abonos, 11.- Julia Elizabeth Bettiz Mariño, 514 días, 12.- Miguel Ángel Bettiz Mariño, 617 días, 13.- Pedro Alfredo Martínez Cornejo, sin abonos y 14.- Wilma de los Ángeles Miranda Domínguez, sin abonos. III.- Para el pago de las multas se les conceden doce cuotas iguales y sucesivas a pagar a partir del primer mes a continuación de la ejecutoriedad de esta sentencia. El no pago de una de las cuotas hará exigible el total de lo adeudado. Para todos, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley N° 18.216.

Dese cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, en su oportunidad”.

Segundo: Que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 414 del Código Procesal Penal, el Defensor Penal Público, don Claudio Aspe Letelier, dedujo recurso de apelación por sus representados Arnaldo Alfonso Pasten Pasten, Carlos Alberto Abarca Gallardo, Carlos Daniel González Sánchez, Carlos Mauricio Cifuentes Fuentes, Ernesto Alfredo Ramírez Araneda, Gastón Eduardo Rojas Cerda y Humberto Iván Avendaño Garrido, en contra de la singularizada sentencia, cuestionando, concretamente, primero la condena a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y multa de 11 UTM como autores del ilícito de malversación de caudales públicos y, segundo, requiriendo se les exima del pago de la multa impuesta, o en su defecto, se aplique una multa de 10 UTM, de acuerdo a la solicitud efectuada en su oportunidad procesal por el Ministerio Público.

Sobre el primer aspecto recurrido, sostiene que el delito de malversación de caudales públicos, regulado en el artículo 233 del Código Penal, es un delito especial, de aquellos que sólo pueden ser cometidos por ciertas y determinadas personas a quienes el legislador les impuso un deber especial. En este caso, estaríamos frente a un delito especial impropio, esto es, que puede ser cometido por cualquier persona, pero que la calidad especial reconocida por el legislador agrava su responsabilidad, según el artículo 64 del Código

Penal. Continúa, expresando que, en estos últimos delitos surge la duda si puede aquella persona que no posea la calidad especial responder a título de autor. Refiere que existen diversas doctrinas al respecto, siendo en opinión del recurrente, la teoría de la comunicabilidad limitada la mayoritaria en la doctrina, por la que se entiende que el autor particular, civil, *extraneus*, no tiene la calidad de funcionario público, no puede responder a título de autor, sino conforme lo dispone el artículo 64 del Código Penal, podrá responder por el delito común, en la especie, por el delito de apropiación indebida. Lo anterior, en la medida que estaríamos frente a delitos de infracción de deber, en que el legislador impone a ciertas y determinadas personas la obligación de velar, custodiar, el bien jurídico protegido con un mayor celo, de modo tal que, el autor de esta clase de delitos sólo podría ser quien infrinja un determinado deber que le incumbe velar, pero quien no posee ese deber solo responderá por el delito base, que como se explica, sería únicamente la apropiación indebida. Por lo estimado, considera la defensa que, la calificación jurídica realizada por el Tribunal *a quo*, al condenar a sus patrocinados que no ostentan la condición de funcionarios públicos, como autores de malversación de caudales públicos, implica una errada aplicación del artículo 233 del Código Penal y en consecuencia, los sanciona con una condena superior a la que en derecho correspondía.

Una segunda cuestión recurrida es aquella relativa a la cuantía de la

multa impuesta, manifestando que el Tribunal acudió a argumentos no contenidos en el artículo 70 del Código Penal, para rechazar acoger la exención o la reducción del monto de la señalada multa, puesto que, se soslayó que no concurrieron circunstancias agravantes y no se ponderó adecuadamente las escasas facultades económicas de los condenados, las que habrían sido acreditadas mediante informes que daban cuenta de sus ingresos y gastos.

Concluye solicitando de esta Corte, se acoja el recurso de apelación y con su mérito, se declare que solo procede la condena a sus representados como autores del delito de lavado de activos a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y que sean eximidos del pago de la multa, o en su defecto, se les aplique una multa de 10 UTM que corresponde lo requerido por el Ministerio Público en su acusación verbal. En subsidio, requiere que de confirmarse la calificación jurídica del ilícito controvertida por su parte, se rebajen las multas por el delito de malversación de caudales públicos de 30 a 10 UTM y por el delito de lavado de activos de 10 a 1 UTM o el monto que se determine conforme a derecho, siempre con el máximo de cuotas para su pago.

Tercero: Que esta Corte declaró admisible el indicado recurso, realizándose con fecha 15 de julio del año en curso, la audiencia respectiva para conocer del mismo, concluida la cual, se citó para la lectura del fallo, para el día de hoy, a las 12:00 horas.

Cuarto: Que los delitos por los cuales fueron condenados los sentenciados, en calidad de autores, cometidos en forma reiterada y grado de consumado, corresponden a aquellos ilícitos tipificados en el artículo 233 numeral 3° del Código Penal, “malversación de caudales públicos”: “El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraiga o consintiere que otro los substraiga, será castigado: 3°.- Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales”.

A su vez, igualmente, fueron condenados, por el delito de lavado activos, previsto y sancionado en el artículo 27 de la Ley N° 19.913:

“Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales: a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la Ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la Ley N° 17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la Ley N° 18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del Ministerio de Hacienda, de 1997, Ley General de Bancos; en el artículo 168 en relación

con el artículo 178, N° 1, ambos del Decreto con Fuerza de Ley N° 30, del Ministerio de Hacienda, de 2005, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 213, del Ministerio de Hacienda, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas; en el inciso segundo del artículo 81 de la Ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual; en los artículos 59 y 64 de la Ley N° 18.840, orgánica constitucional del Banco Central de Chile; en el párrafo tercero del número 4° del artículo 97 del Código Tributario; en los párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V y 10 del Título VI, todos del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 141, 142, 366 quinquies, 367, 374 bis, 411 bis, 411 ter, 411 quáter, 411 quinquies, y los artículos 468 y 470, numerales 1°, 8 y 11, en relación al inciso final del artículo 467 del Código Penal, o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes. b) El que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito.

Se aplicará la misma pena a las conductas descritas en este artículo si los bienes provienen de un hecho realizado en el extranjero, que sea punible en su lugar de comisión y en Chile constituya alguno de los delitos señalados en la letra a) precedente.

Para los efectos de este artículo, se entiende por bienes los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o

instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos.

Si el autor de alguna de las conductas descritas en las letras a) o b) no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable, la pena privativa de libertad que corresponda de acuerdo al inciso primero o final de este artículo será rebajada en dos grados.

La circunstancia de que el origen de los bienes aludidos sea un hecho típico y antijurídico de los señalados en la letra a) del inciso primero no requerirá sentencia condenatoria previa, y podrá establecerse en el mismo proceso que se substancie para juzgar el delito tipificado en este artículo.

Si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionado conforme a esta.

En todo caso, la pena privativa de libertad aplicable en los casos de las letras a) y b) no podrá exceder de la pena mayor que la ley asigna al autor del crimen o simple delito del cual provienen los bienes objeto del delito contemplado en este artículo, sin perjuicio de las multas y penas accesorias que correspondan en conformidad a la ley”.

Quinto: Que, en lo que interesa a este arbitrio, ha sido recurrida por la defensa la condena por el delito de malversación de caudales públicos, en síntesis, por estimar que sus representados, a la sazón, Amoldo Alfonso Pasten Pasten, Carlos Alberto Abarca

Gallardo, Carlos Daniel González Sánchez, Carlos Mauricio Cifuentes Fuentes, Ernesto Alfredo Ramírez Araneda, Gastón Eduardo Rojas Cerda y Humberto Iván Avendaño Garrido, ninguno de estos tiene la calidad de funcionarios públicos, por lo que no resultaba procedente calificar su conducta dentro del delito previsto y sancionado en el artículo 233 del Código Penal.

Sexto: Que en aquel contexto, resulta preciso acudir a los hechos asentados en este proceso, que por consiguiente se dieron por probados, y de los cuales –dado el procedimiento abreviado al que se sujetaron voluntariamente los acusados– fueron aceptados y reconocidos por los mismos; pues bien, aquello fluye de lo establecido en el considerando noveno del fallo recurrido, párrafos segundo y tercero, a saber:

“Que entre los años 2006 y 2017 funcionarios públicos adscritos a distintos estamentos y departamentos de Carabineros de Chile, actualmente formalizados en causa RUC 1601014175-7, a quienes correspondía, entre otras tareas, la custodia de caudales públicos de dicha institución, formaron una organización criminal para sustraerlos o consentir que otros terceros imputados los sustrajeran, abusando de las facultades de custodia y administración que ejercían en sus respectivos cargos y funciones, aprovechándose de sus distintas posiciones, conocimientos especiales e información relevante, que tenían en razón de los cargos que ejercían en Carabineros de Chile, lo que además les permitió eludir por

años los controles internos y externos sobre tales recursos públicos.

Asimismo, en estos hechos también intervinieron civiles imputados que, conociendo la calidad de funcionarios públicos y las funciones que ejercían sus coimputados, y concertados con éstos, facilitaron los medios para que se concretara la sustracción de caudales públicos por una suma total que a la fecha asciende a \$ 28.348.928.198.- (veintiocho mil trecientos cuarenta y ocho millones novecientos veintiocho mil cientos noventa y ocho pesos)”.

Séptimo: Que conforme se estableciera en la misma sentencia recurrida, los hechos descritos precedentemente, aceptados por los condenados, son constitutivos del ilícito, previsto y sancionado, en el artículo 233 del Código Penal, desde que claramente se concertaron uniformados pertenecientes a Carabineros de Chile con civiles, ajenos a la institución policial, para sustraer cuantiosas sumas de dinero desde la misma.

Octavo: Que, de este modo aparece que los condenados Arnoldo Alfonso Pasten Pasten, Carlos Alberto Abarca Gallardo, Carlos Daniel González Sánchez, Carlos Mauricio Cifuentes Fuentes, Ernesto Alfredo Ramírez Araneda, Gastón Eduardo Rojas Cerda y Humberto Iván Avendaño Garrido, tenían pleno conocimiento de la calidad de funcionarios públicos de los hechos de los ilícitos, descritos en la consideración sexta anterior y, además, consintieron en participar en dicha organización criminal destinada a la

sustracción de caudales públicos desde las arcas de la institución pública de Carabineros de Chile al recibir por diversos medios estas cuantiosas sumas, conociendo el origen público de esas sumas, por lo que no resulta, a juicio de estos sentenciadores, atendible, pretender que estos no tengan, igualmente, la calidad de autores del delito de malversación de caudales públicos que fuera establecida, precisamente, en la medida que, respecto de ellos se hace aplicable la norma contenida en el artículo 15 N° 3 del Código Penal, esto es, “los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”, razón por la cual forzoso es concluir que el Tribunal *a quo* no ha errado, como sostiene la defensa, en la calificación jurídica de los hechos por los que vienen siendo condenados sus representados en calidad de autores.

Noveno: Que, en cuanto a las alegaciones de la defensa apelante relativas a requerir de esta Corte, ya sea de eximir a los sentenciados del pago de la multas aplicadas como consecuencia de su condena por los delitos de malversación de caudales públicos y del delito de lavado de activos, o en su defecto a disminuir su cuantía, es posible indicar que, de la detenida revisión de los antecedentes incorporados al proceso, no existen elementos suficientes que permitan a estos sentenciadores acceder a tales peticiones, habida consideración que, las anotadas multas de 11 UTM por ilícito de malversación de caudales públicos y 30 UTM por el ilícito de lava-

do de activos, ya fueron efectivamente rebajadas, en forma prudencial, por el Tribunal *a quo*.

Por estas consideraciones y teniendo presente las disposiciones mencionadas y, además, lo dispuesto en los artículos 352, 358, 370 letra b) y 414 del Código Procesal Penal, se confirma en todas sus partes la sentencia apelada pronunciada en estos autos con fecha dieciocho de junio de dos mil diecinueve por el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago.

Acordada con el voto en contra del abogado integrante señor Rieloff quien fue de parecer de acoger el recurso de apelación presentado por la Defensoría Penal Pública, revocando la sentencia apelada en aquella parte que condena a los acusados recurrentes por el delito de malversación de caudales públicos, en razón a las siguientes consideraciones:

1°.- Que el delito de malversación de caudales públicos consiste en: “la inversión ilícita, esto es, el empleo indebido, a través de actos de apropiación o alteración de bienes públicos o equiparados a ellos, por parte de quien los tiene a su cargo en virtud de una específica función también pública”, ello de acuerdo al concepto extraído del texto cuyo autor es el profesor José Luis Guzmán Dálbora, “La malversación de caudales públicos en el Código Penal Chileno”, en “Estudios y Defensas Penales”, Santiago de Chile, LegalPublishing, año 2009;

2°.- Que la figura penal concreta, se encuentra descrita y tipificada en el artículo 233 del Código Penal, cuyo

inciso primero establece: “El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustraigiere o consintiere que otro los sustraiga, será castigado...”;

3°.- Que, para estos efectos deberemos acudir, para entender quién es empleado público, no al concepto del Estatuto Administrativo, sino a una definición más amplia consagrada en el artículo 260 del Código Penal: “Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”;

4°.- Que de este modo, es un hecho reconocido en este proceso que los acusados Alfonso Pasten Pasten, Carlos Alberto Abarca Gallardo, Carlos Daniel González Sánchez, Carlos Mauricio Cifuentes Fuentes, Ernesto Alfredo Ramírez Araneda, Gastón Eduardo Rojas Cerda y Humberto Iván Avendaño Garrido, no tienen la calidad de empleados públicos en los términos exigidos en el citado artículo 260 del Código Punitivo;

5°.- Que así las cosas, la condena que pesa sobre los acusados en calidad de autores del delito de malversación de caudales públicos, pugna abiertamente con la calidad de funcionario

público que resulta, a juicio de este disidente, en incomunicable a los extraños a la administración estatal, pues solo está destinada a agravar la responsabilidad penal de quienes ostentan esa condición, dado que, son estos quienes deben respetar los principios de probidad y transparencia en el manejo de los dineros fiscales, que obligan solo a dichos servidores públicos *intraneus*, más no a los *extraneus*, quienes habrán de responder, en estos casos, por el delito patrimonial común, el que sin embargo, en la especie, no fue objeto de la acusación del Ministerio Público ni de la adhesión del Consejo de Defensa

del Estado, por lo que necesariamente, atendido el marco legal restringido de un procedimiento abreviado al que se sujetaron los acusados, correspondía que a los mismos solo se les sancionara por el delito de lavado de activos.

Redacción del abogado integrante don Rodrigo F. Rieloff Fuentes.

Pronunciada por la Sexta Sala de esta Corte de Apelaciones, presidida por el ministro (P) señor Javier Moya Cuadra e integrada por el ministro señor Guillermo de la Barra Dünner y por el Abogado Integrante señor Rodrigo Rieloff Fuentes.

Rol N° 3417-2019.-