

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA EN EL DENOMINADO “CASO RETENES”: TRATAMIENTO DEL *EXTRANEUS* EN LOS DELITOS ESPECIALES IMPROPIOS, CONGRUENCIA, REITERACIÓN Y DELITO CONTINUADO

*Manuel Guerra Fuenzalida**

RESUMEN

En este trabajo se comenta el contenido de la sentencia Rol 59.856-2022, pronunciada por la Excma. Corte Suprema de Chile el 3 de mayo de 2023, la que acogió parcialmente sendos recursos de nulidad de las defensas de tres imputados, uno de ellos que había sido condenado por los jueces de la instancia como autor de delitos reiterados de fraude al fisco, ilícito previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, el que como consecuencia de la sentencia de nulidad fue absuelto; y dos que habiendo sido condenados como autores de delitos reiterados de soborno conforme lo dispuesto en el artículo 250 del Código Penal, vieron reducidas sus penas por medio de sentencia de reemplazo dictada por la Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema. En este trabajo analizaremos los temas discutidos a propósito de los recursos de nulidad intentados por las defensas, los que abarcan la situación relativa a la sanción a los *extraneus* en los delitos especiales impropios, el respeto del principio de congruencia y la discusión pertinente a la aplicación de la reiteración o la teoría del delito continuado.

Palabras claves: Delitos especiales impropios, delito continuado, reiteración, *extraneus*.

* Magíster en Derecho Penal, Universidad de Talca. Profesor instructor Derecho Penal y Derecho Procesal Universidad San Sebastián. Correo electrónico: manuel.guerra@uss.cl

I. INTRODUCCIÓN: RESEÑA DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El 13 de julio de 2022, el Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago dictó sentencia definitiva en la causa RUC N°1410006643-3, en el marco de lo que se conoció como caso retenes.

En efecto, los hechos de la acusación del Ministerio Público estaban referidos a ciertas irregularidades ocurridas en el proceso de reconstrucción de diversos retenes de Carabineros de Chile que habían sido afectados como consecuencia del terremoto que asoló el país el 27 de febrero de 2010.

La Fiscalía acusó a varios sujetos por la comisión de delitos reiterados de fraude al fisco, ilícito previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, así como también acusó por la existencia de delitos de cohecho del artículo 248 bis del Código Penal y también por el delito de soborno previsto y sancionado en el artículo 250 del Código Penal.

La sentencia recurrida en su parte resolutive condenó a los acusados F.J.P.D., C.A.G.M, C.P.B.M. y C.O.R.G. como autores de cuatro delitos de fraude al fisco perpetrados los días 2 de julio, 20 de agosto, 4 de septiembre y 17 de octubre, con motivo de los proyectos de reposición de los retenes Villa Ortega y Lago Castor, de la Tenencia Coyhaique Alto y del Retén Isla Huar, respectivamente, a cumplir las siguientes penas:

- 1.- F.J.P.D. y C.A.G.M., cada uno a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, multa de \$ 40.252.117, correspondiente al diez por ciento del perjuicio causado, otorgándole a ambos acusados la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.
- 2.- C.P.B.M., exfuncionario público, a la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, multa de \$ 40.252.117, correspondiente al diez por ciento del perjuicio causado, el que, debido a la extensión de la pena aplicada, debía cumplir la sanción penal en forma efectiva al no tener derecho a pena sustitutiva.
- 3.- C.O.R.G., a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, multa de \$ 40.252.117, correspondiente al diez por ciento del perjuicio causado, también bajo régimen de cumplimiento efectivo.

En lo relativo al delito de cohecho, ilícito previsto y sancionado en el artículo 248 bis del Código Penal, el tribunal resolvió condenar a C.P.B.M. como autor de cinco delitos de cohecho, perpetrados los días 6 de septiembre de 2012 (proyecto retenes Itahue y Lontué), 10 de septiembre de 2012 (proyecto retén Coronel del Maule), 10 de abril de 2013 (proyecto retén la Islita) y 14 de agosto de 2013 (proyecto Subcomisaría San Francisco de Mostazal), a la pena de tres años de reclusión menor en su grado medio y multa de \$ 8.000.000, equivalente al duplo del provecho aceptado.

A su vez, en lo relativo a los delitos de soborno, ilícito previsto y sancionado en el artículo 250 del Código Penal, la sentencia recurrida condenó a N.A.B.M. y a R.A.B.M. como autores de cinco delitos de cohecho, perpetrados los días 6 de septiembre de 2012 (proyecto retenes Itahue y Lontué), 10 de septiembre de 2012 (proyecto retén Coronel del Maule), 10 de abril de 2013 (proyecto retén la Islita) y 14 de agosto de 2013 (proyecto Subcomisaría San Francisco de Mostazal), a la pena de cuatro años de reclusión menor en su grado medio, multa de \$ 8.000.000, equivalente al duplo del provecho ofrecido, no otorgando a ninguno de estos dos acusados la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, ordenándose a su respecto el cumplimiento efectivo de la pena.

II. RECURSO INTENTADO POR LA DEFENSA DEL IMPUTADO C.O.R.G.

La defensa del imputado C.O.R.G. interpuso recurso de nulidad fundando su arbitrio en la causal principal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, expresando que se habrían vulnerado los artículos 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución Política de la República, 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En lo relevante para efectos del presente trabajo, el recurso se asila en el hecho de que su representado, que fue condenado como autor de delitos reiterados de fraude al fisco, no es empleado público, por lo que no pudo intervenir en alguna operación en virtud de una función que no desempeñaba, por lo que la sentencia recurrida hace extensible el tipo penal a quienes no detentan la referida calidad, lo que vulnera el principio de legalidad y la prohibición de analogía *in malam partem*, recurriendo a diversas citas doctrinales incompletas para justificar su decisión.

Asimismo, sobre la base de argumentos similares, interpone causal de nulidad conforme lo previsto en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, ya que en su concepto se incurrió en un error de derecho al atribuir al acusado la calidad de autor del delito de fraude al fisco reiterados, lo que no resultaba procedente en su concepto toda vez que el tipo penal exige que para dicha decisión se posea la calidad de empleado público. Quedó acreditado en la instancia que el imputado no lo era a la fecha de comisión de los hechos atribuidos.

Del mismo modo, el recurrente plantea que el delito de fraude al fisco es un delito especial impropio, por lo que conforme con la doctrina dominante en materia de comunicabilidad del vínculo, resulta improcedente comunicar a su respecto la calidad de empleado público exigida por la ley, siendo la tesis predominante la de la comunicabilidad limitada o relativa, conforme con ello su representado debía responder únicamente por el delito común o delito base residual, en este caso, la estafa, específicamente la del artículo 473 del Código Penal, debido al carácter de *extraneus* respecto del tipo penal imputado.

Asimismo, y en un argumento sin duda interesante, el recurso plantea que el tribunal debía haber dictado sentencia absolutoria, ya que si bien era discutible la circunstancia de estar frente a un delito especial impropio en el que correspondía aplicar la figura genérica del derecho común al imputado debido a su condición de *extraneus*, dicha figura y por esta razón una decisión condenatoria no era plausible debido a que el tribunal no aplicó la disposición del artículo 341 del Código Procesal Penal, la que permite una eventual recalificación del delito y la participación atribuida, pero siempre y cuando se haya llamado a las partes a debatir a dicho respecto, lo que no ocurrió en el caso *sub lite*.

III. COMENTARIOS A LA DECISIÓN DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA EN LO RELATIVO A LA COMUNICABILIDAD DEL VÍNCULO Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

La Sala Penal de la Excma. Corte Suprema acogió el recurso de nulidad planteado por la defensa del imputado C.O.R.G. y procedió a dictar la correspondiente sentencia de reemplazo absolutoria.

En efecto, la Sala Penal del máximo tribunal hizo suyas las alegaciones de la defensa del imputado en orden a entender que el tema en discusión era el relativo a la concurrencia o no de la comunicabilidad del vínculo al *extraneus*, esto es, al sujeto que no posee la condición de funcionario público y que es coautor del hecho imputado junto al *intraneus* quien sí detenta dicha condición.

Al respecto, la sentencia de nulidad razona en primer término que el tema de la comunicabilidad o incomunicabilidad del vínculo es discutido en la teoría de los delitos de índole patrimonial cometidos en perjuicio de la administración pública. Señala como primera premisa que la doctrina y jurisprudencia nacional se unificó en torno a la incomunicabilidad del vínculo personal en el parricidio, y en lo que el *extraneus* debe responder como responsable de homicidio, lo que en su concepto no se encuentra zanjado en ciertos delitos funcionarios.

En relación con este tema, la sentencia realiza la distinción entre delitos especiales propios e impropios. En los primeros, la calidad concurrente en el sujeto activo es fundante del injusto, por lo que en principio la ausencia de esta determina la atipicidad de la conducta. En cambio, en los delitos especiales impropios tienen la característica de que la cualidad personal solo produce el efecto de agravar el título de la imputación, manteniéndose la punibilidad del comportamiento aun en el evento de no concurrir el *facto* personal.

Sobre la base de lo expuesto, la Corte Suprema considera que el fraude al fisco es un delito especial impropio, pues tiene su correlato en diversas formas de defraudación, posición dominante en la dogmática chilena.

Tal es así que la sentencia refiere la existencia de diversos pronunciamientos judiciales de la propia Sala Penal, en los que se concluye que en ausencia de la calidad funcionaria, es aplicable al *extraneus* la figura de la estafa común, cuyo sujeto activo es un particular no obligado por deberes para con la administración¹.

En relación con este primer razonamiento resulta conveniente analizar el tratamiento que la doctrina da al tema del *extraneus* en los delitos especiales, sean estos propios o impropios. En este sentido, resulta necesario definir lo que se entiende por delitos especiales. Así, Garrido señala que se denomina delitos especiales aquellos que solo pueden ser cometidos por determinadas personas; en ellos, el autor debe cumplir necesariamente ciertas cualidades o condiciones preestablecidas (Garrido, 1984, p. 361).

Luego, es necesario realizar la distinción entre delitos especiales propios e impropios. Los de la primera clase son aquellos en que existe un sujeto calificado por una determinada condición concurrente en el delito, por lo que, en caso de que el hecho fuera cometido por un sujeto que no reuniese dicha calidad, el hecho es atípico al no existir un tipo penal en el derecho común que le resulte aplicable.

Acerca de esta materia ha existido una ardua discusión en la doctrina relativa al tratamiento que debe darse al sujeto que interviene como autor en un delito especial propio. En efecto, en Chile no existe unanimidad respecto de la coautoría de los delitos especiales propios cuando quien interviene es un *extraneus*.

Así, por ejemplo, para Etcheberry, en esta clase de delitos, el *extraneus* responde de igual forma que el *intraneus*, con la limitación de que los sujetos jamás podrán ser autores ejecutores, sino partícipes (Etcheberry, 1999, p. 87).

Por su parte, Novoa, partidario de la llamada comunicabilidad extrema, se asila en la unidad o indivisibilidad de la imputación, toda vez que, conforme con dicho principio, todos los intervinientes deben ser imputados por el mismo hecho delictivo, siendo imposible que el único hecho existente pudiera imputarse de manera diversa, por lo que en todos los casos la solución sería similar, esto es, sancionar a todos como autores o partícipes del hecho del sujeto calificado (Novoa, 2005, p. 211).

Junto con la indivisibilidad de la imputación, otro argumento que se ha considerado para sustentar la comunicabilidad extrema del vínculo personal en los delitos especiales ha sido el relativo al principio de accesoriedad. Conforme con dicho principio los partícipes del hecho cometido por el autor que reúne las cualidades especiales exigidas en la ley, por ejemplo, la de empleado público en los delitos de fraude al fisco o malversación de caudales públicos, determinaría la participación, lo que se derivaría de lo dispuesto en el artículo 51 del Código Penal que establece que la pena de los cómplices y encubridores se regula accesoriamente conforme con la pena dispuesta para el autor del delito.

¹ En ese sentido, SCS Rol N° 13.823-14 de 16 de abril de 2015 y Rol N° 29.891-14 de 8 de octubre de 2015.

Otro argumento en favor de la comunicabilidad extrema es aquel relativo al dolo con que hubiera intervenido el partícipe. Así, para Garrido, los partícipes deben responder por el delito en que hayan intervenido tanto objetiva como subjetiva, por lo que si un sujeto sabe que actúa o colabora en un delito cometido por un sujeto calificado debe responder a igual título que aquel (Garrido, 2007, p. 432).

Respecto de los delitos especiales impropios, la doctrina mayoritaria en Chile es aquella denominada comunicabilidad relativa o limitada, la que sostiene que corresponde efectuar la distinción entre delitos especiales propios e impropios.

Conforme con los autores, en los delitos especiales impropios tendría efecto la regla de la incomunicabilidad, ya que no se extendería al coautor o al partícipe la calidad especial que fundamenta la punición del sujeto calificado, en este caso, la de empleado público, sino que el *extraneus* respondería por la figura del delito común o residual en el que encuadre su conducta, pero no por el delito especial, el que sería solo aplicable al sujeto calificado.

Dicha doctrina recoge la sentencia de nulidad emanada de la Excma. Corte Suprema, en el considerando 9º, que señala:

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 como delito 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 propiedad².

De hecho, en lo relativo al delito de fraude al fisco, la mayoría de la doctrina nacional asimila dicho delito con la estafa común del artículo 468 del Código Penal y existe a este respecto la visión de que dicho delito tendría los mismos elementos del fraude al fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal.

En ese sentido, es relevante la posición fijada por Ossandón y Rodríguez, quienes consideran que el fraude al fisco es un delito especial impropio que se corresponde en general con las estafas y otros engaños, sin coincidir con ninguno en particular, en virtud de la forma absoluta indeterminada de describir la conducta punible. La conducta incriminada constituye una estafa que se produce desde dentro de la administración, lo que conduce a una mayor vulnerabilidad del patrimonio público (Ossandón y Rodríguez, 2008, p. 416).

En la misma posición, Politoff, Matus y Ramírez entienden que el fraude al fisco es una forma especial de Estafa, cometida en contra del fisco por parte de un empleado público, que exige para su consumación el engaño y el perjuicio propios de la estafa (Politoff *et al.*, 2004, p. 498).

² Considerando 9º SCS Rol N° 59.856-2022.

Respecto de este tema corresponde precisar que no siempre en los casos en que exista participación de un *intraneus* junto con uno o varios *extranei*, estos últimos deberán responder como autores de estafa.

En efecto, para resolver si le serán aplicables las normas de la estafa al *extranei* en los casos de fraude al fisco deberá examinarse el caso concreto, ya que resulta necesario indicar que la estafa tiene determinados elementos para su configuración que, si se reúnen en el caso del *extraneus*, permitirán la sanción a dicho título, pero que si no concurren el resultado será la impunidad del particular.

Lo anterior no es sino una reafirmación del principio de tipicidad, que exige que las conductas punibles y los requisitos del tipo penal respectivo estén expresamente descritos en la ley, por lo que en caso de que aquello no ocurra, no se podrá sancionar a quien no realice la conducta que la ley describe.

Dicho de otro modo, no se trata de una aplicación automática del delito de estafa a los *extranei* que intervienen en el delito de fraude al fisco, debiendo la sentencia respectiva hacerse cargo de la concurrencia o no de los requisitos de dicho delito, a saber: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio.

Lo anterior no es menor si se considera que parte de la doctrina considera que en los delitos funcionarios lo que generaría la responsabilidad criminal es la infracción de determinados deberes funcionarios. Esta es una situación en la que jamás se podría ver inmiscuido un *extraneus* por no ser portador de ningún deber funcionario al no tener dicha condición.

En ese orden de ideas, parece atendible considerar como más acertada la doctrina que sostiene la teoría de la incomunicabilidad extrema, según esta, en los delitos especiales solo respondería penalmente el sujeto que reúne las cualidades que lo convierten en un sujeto activo calificado o que es portador de un deber especial debido a la posición que ocupa en el aparato público, por lo que todo aquel que no reúna dicha condición sería impune, si participa de un delito especial.

Para sostener lo anteriormente expresado es necesario tener presente que al no existir norma expresa en el derecho chileno que permita la comunicabilidad de las calidades del empleado público al *extraneus*, este solo podría responder del delito común en el caso que le fuera aplicable, debiendo quedar impune en su defecto.

En ese sentido es necesario considerar lo señalado por Van Weezel, quien critica la postura de castigar al *extraneus* por un delito en donde la ley establece de forma absoluta la calidad o estatus del sujeto activo, de tal forma que si no concurre esta calidad el hecho devendría en impune (Van Weezel, 2007, p. 115).

A su vez, es fundamental analizar lo dispuesto en el artículo 64 del Código Penal, el que expresamente dispone que no se comunican las circunstancias agravantes o atenuantes que consisten en las condiciones personales del sujeto, esto implica que no son comunicables este tipo de circunstancias a quienes no poseen la calidad personal exigida por la ley para los efectos de comunicar circunstancias modificatorias.

Por esta razón, es necesario concluir, así como lo señalan Couso y Hernández, que si dichas circunstancias no son comunicables, menos lo pueden ser las circunstancias relativas a la generación del tipo penal y la determinación de su sujeto activo, más cuando se toma como base la existencia de un deber especial como es en el caso de estos delitos (Couso y Hernández, 2011, pp. 378-379).

Adicionalmente, se debe tener en consideración la inexistencia de una regla general que regule el castigo al *extraneus* cuando interviene en un delito especial. Por tanto, la pretensión de la comunicabilidad extrema de extender la punibilidad incluso en el caso de los delitos especiales propios resulta una postura temeraria, ya que por medio de una solución de ese tipo se ampararía una vulneración expresa al principio *nulla poena sine lege*, al castigar a una persona por la infracción de deberes que no le son exigibles.

Asimismo y en apoyo de la tesis de la incomunicabilidad extrema, resulta preciso señalar que según Cury existen delitos que castigan expresamente al *extraneus* en un delito especial propio. Así, en el caso del soborno tipificado en el artículo 250 del Código Penal se sanciona expresamente al particular, por lo que cuando no se le menciona es porque no se le ha querido sancionar (Cury, 2005, p. 231).

En síntesis, es fundamental tener presente que la punibilidad de los *extraneus* en los delitos especiales es excepcional. Así, en los delitos especiales propios solo será posible extender el vínculo ante la existencia de norma expresa que lo autorice como en el caso del soborno. A su vez, en los delitos especiales impropios, es decir, aquellos en que la calidad especial del sujeto activo es factor de tipificación más gravosa frente al *extraneus*, será posible la punición de este último solo en el caso en que exista una norma del derecho común que sea aplicable al *extraneus*, lo que no implica una aplicación general, sino que también especial determinable en cada caso concreto.

También en la sentencia comentada, luego de señalar que en la especie no era aplicable la comunicabilidad extrema propuesta por la acusación del Ministerio Público, acogida por el tribunal de la instancia, que condenó al recurrente como autor de fraude al fisco en circunstancias que no poseía la condición de empleado público, consideró que lo plausible era haber condenado por estafa al reunir este tipo penal requisitos similares al fraude al fisco.

No obstante, la Corte Suprema consideró acertadamente que en la especie no podía sino absolver al recurrente acogiendo el motivo de nulidad planteado, toda vez que de optar por condenar al acusado por el delito de estafa infringiría lo dispuesto en el artículo 341 del Código Procesal Penal.

En efecto la disposición señalada dispone:

Artículo 341. Sentencia y acusación. La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá por hechos o circunstancias no contenidos en ella.

Comentario a la Sentencia de la Excma. Corte Suprema en el denominado “Caso Retenes”: tratamiento del *extraneus* en los delitos especiales impropios, congruencia, reiteración... / MANUEL GUERRA FUENZALIDA

Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiera advertido a los intervinientes durante la audiencia.

Si durante la deliberación uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación jurídica distinta de la establecida en la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrir la con el objeto de permitir a las partes debatir sobre ella.

La norma citada consagra el denominado principio de congruencia, el que es una garantía para el imputado en cuanto a que en primer término el contenido de la acusación fija el marco fáctico acerca del que deberá adoptar una decisión el tribunal que conoce del juicio.

Lo anterior implica que aun cuando se probaren hechos constitutivos de delito diversos a los de la acusación, el tribunal tiene vedada la posibilidad de condenar por ellos. Esto resulta coherente con la garantía judicial consistente en el derecho del justiciable de conocer con anticipación en una etapa procesal específica los hechos y delitos por los que se pretende su juzgamiento.

Tal es así que para Horvitz y López obrar en un sentido diverso implicaría afectar en forma sustancial el derecho del imputado a la defensa, al no tener este la oportunidad de defenderse de imputaciones sorpresivas. En ese sentido el artículo 341 del Código Procesal Penal evita esta posibilidad (Horvitz y López, 2004, p. 342).

Por esta razón, si el tribunal del fondo hubiese ponderado adecuadamente las normas y principios subyacentes en materia de comunicabilidad y hubiera aplicado, conforme con la posición mayoritaria en la doctrina, la comunicabilidad limitada o relativa, perfectamente al tratarse el delito imputado de un delito especial impropio podría haber recalificado los hechos a delitos reiterados de estafa en los términos del artículo 468 del Código Penal.

Por tanto, al negar dicha posibilidad se impidió dicho debate, por lo que a la Corte Suprema le estaba vedado poder modificar los hechos de la instancia y además le estaba prohibido condenar, ya que, si lo hiciese, infringiría lo dispuesto en el artículo 341 del Código Procesal Penal, por lo que la decisión absolutoria resulta razonable y legalmente justificada.

IV. RECURSO INTENTADO POR LA DEFENSA DE LOS IMPUTADOS N.A.B.M., R.A.B.M. Y C.P.B.M.

Las defensas de los imputados N.A.B.M. y R.A.B.M. dentro de sus respectivos recursos, como causal principal y de C.P.B.M., como cuarta causal subsidiaria, solicitaron la nulidad de la sentencia por estimar que existía en la especie una errónea

aplicación del derecho respecto de la norma prevista en el artículo 351 del Código Procesal Penal.

La disposición legal aludida establece en su inciso primero la regla especial de la reiteración cuando se incurriere en delitos de la misma especie. Lo anterior significa que si existe reiteración de delitos de la misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones estimándolas como un solo delito y se aumentará en uno o dos grados.

Esta norma se aplicará siempre y cuando resulte más beneficiosa para el imputado que la regla general contemplada en el artículo 74 del Código Penal, la que establece la acumulación material de las penas sumando todas en forma separada. Entonces, será el tribunal de acuerdo con las circunstancias del caso concreto el que determinará qué pena ha de aplicarse, según resulte más conveniente para el imputado.

Pues bien, en concepto de los recurrentes, la sentencia recurrida yerra al considerar aplicable la regla de la reiteración, ya que en su concepto resultaba aplicable la teoría del delito continuado. En efecto, es del caso indicar que conforme con dicha teoría, cuando se reunieran determinados requisitos en los delitos acreditados, debería aplicarse una única pena sin considerar las normas de la reiteración ni las de acumulación material de las penas.

Respecto de esa base Cury considera que

se habla de delito continuado para referirse a varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, considerada en forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie, no obstante lo cual han de ser tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ella (Cury, 2005, p. 654).

Para Garrido

hay delito continuado cuando un sujeto, en ejecución, de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realiza una pluralidad de acciones u omisiones homogéneas, en distintos tiempos pero en análogas condiciones, con las que infringe el mismo o semejante precepto penal (Garrido, 2003, p. 339).

Los presupuestos del delito continuado conforme con el consenso existente en la doctrina y la jurisprudencia son los siguientes:

1. Pluralidad de acciones y omisiones: La teoría del delito continuado supone la existencia de diversos hechos, los que están separados entre sí. Si no existe pluralidad de hechos no tiene sentido entrar a debatir respecto de la posible existencia de un delito continuado o reiterado.
2. Semejanza de los tipos penales infraccionados: Como dice Maurach, "No necesariamente la coincidencia de eventuales calificaciones y privilegios del tipo deben

ser homogéneas”, pero sin duda deben afectar el mismo bien jurídico protegido (Maurach, 1995, p. 543).

Carrara en el siglo XIX, que para la continuidad se requiere que se genere la repetición de la consumación objetiva, con lo que limitaba la aplicación del delito continuado, no haciéndolo aplicable a delitos con grados de ejecución imperfectos, como la tentativa o la frustración (Carrara, 1996, p. 346).

Relación de continuidad espacio-temporal entre las acciones, lo que, en concepto de Orosco, supone la afectación de un mismo bien jurídico, debiendo existir un nexo temporal en que no debe haber condenas intermedias, ya que en caso de existir aquello estaríamos ante una eventual situación de reincidencia (Orosco, 2021, p. 27).

En lo pertinente a la aplicación en el caso *sub lite* de la teoría del delito continuado, la Corte describe en qué consiste señalando los elementos que deben concurrir para su eventual aplicación; a la vez, indica que si bien ella no encuentra reconocimiento en la legislación chilena, se acepta su aplicación como política morigeradora de penas, para casos como los delitos contra la propiedad o en aquellos en que no existen pruebas para distinguir y separar en el tiempo las diferentes acciones.

Es así como, conforme con el razonamiento expresado, si se pueden identificar los hechos y separarlos distinguiéndolos en el tiempo, no corresponde aplicar la teoría del delito continuado, sino que la norma de la reiteración prevista en el artículo 351 del Código Procesal Penal a la que se ha hecho referencia.

En efecto, la sentencia de marras estimó que los acusados habían reiterado conductas entre 2012 y 2013, ya que la repetición de numerosas acciones de defraudación del patrimonio fiscal no dan cuenta de la existencia de un único designio criminoso, entendiéndolo la Corte que los acusados incurrieron en ilícitos mediante acciones separadas en el tiempo, en un distinto contexto situacional y sin unidad de dolo, lo que los lleva a desestimar la solicitud.

Respecto de la decisión de la Corte Suprema es necesario precisar que en primer término no existe en Chile una norma que habilite el uso de la teoría del delito continuado. No es más que el mero ejercicio de un acto de justicia material tendiente a morigerar la pena en hechos en los que, conforme con el parecer de un sector de la jurisprudencia, la aplicación de la norma legal de la reiteración se traduciría en una sanción excesiva.

No obstante, según ese mismo criterio de justicia material, normalmente, se ha restringido la aplicación de la teoría del delito continuado a bienes jurídicos de menor relevancia y no se ha aplicado a bienes jurídicos personalísimos como tampoco a aquellos que afectan bienes jurídicos colectivos como sería el caso de la probidad pública.

Asimismo, es menester señalar que, si en la especie participan distintos beneficiarios, no puede hablarse de unidad de acción y de dolo, toda vez que se trata de acciones perfectamente diferenciables. En esta situación el legislador ha previsto

precisamente la aplicación de la reiteración conforme con lo que dispone el artículo 351 del Código Procesal Penal.

V. CONCLUSIONES

La sentencia analizada resulta interesante, ya que toca varios tópicos recurrentes cuando se conoce de investigaciones complejas. La diversidad de imputados y de hechos atribuidos sin duda que genera la necesidad de un estudio de los criterios que va estableciendo la Sala Penal de la Excm. Corte Suprema.

En primer lugar, la sentencia de nulidad reafirma la posición mayoritaria de la doctrina chilena para entender que, cuando estamos frente a un delito especial impropio, la tendencia imperante es la de aplicar la teoría de la comunicabilidad limitada, la que permite la sanción del autor o partícipe que no reúne las condiciones personales exigidas por la norma, cuestión común en los delitos funcionarios, en que los tipos penales normalmente exigen la condición de empleado público en el sujeto activo; por lo que solo se puede sancionar al particular (*extraneus*) como autor o partícipe del delito común aplicable.

Sin embargo, lo anterior supone necesariamente la existencia de una figura que en el caso concreto sea aplicable, ya que de no ser así corresponde que el particular quede impune, debido a la atipicidad de la conducta por él desplegada.

De este modo la teoría de la comunicabilidad extrema no tiene acogida en el máximo tribunal chileno, toda vez que esto implicaría sancionar a igual título al particular (*extraneus*) que a quien posee la calidad que genera la necesidad de tipificar en forma agravada el hecho (*intraneus*), por la infracción a sus deberes funcionarios, lo que supone un grado mayor de disvalor de su conducta.

A su vez, la sentencia reafirma la necesidad de observancia estricta del principio de congruencia, para impedir que se sancione a una persona por hechos no contenidos en la acusación o por calificaciones jurídicas que no fueron objeto de debate durante la realización del juicio, lo que hace indispensable el llamado a discutir calificaciones jurídicas diversas a las contenidas en la acusación.

En cuanto a la posible aceptación del delito continuado, es necesario indicar que esta categoría doctrinaria tiene en Chile una acogida limitada en la jurisprudencia y se exige la concurrencia copulativa de diversos requisitos que permitan afirmar la existencia de una conducta continua en el tiempo, ya que si se trata de acciones diferenciables o en que no exista unidad en el dolo estaremos frente a conductas reiteradas a las que deberá aplicarse la regla contenida en el artículo 351 del Código Procesal Penal o, en su defecto, la norma del artículo 74 del Código Penal, si fuera más favorable al imputado en el caso concreto.

REFERENCIAS

- CARRARA, F. (1996). *Programa de derecho penal parte general*, Bogotá, Editorial Temis S.A.
- COUSO, J. y HERNÁNDEZ, H. (2011). *Código Penal comentado: parte general*, Santiago, Legal Publishing Chile.
- CURY, E. (2005). *Derecho penal. Parte general*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- ETCHEBERRY, A. (1997). *Derecho Penal. Tomo II*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GARRIDO, M. (2003). *Derecho Penal. Parte General*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- HORVITZ, M. y LÓPEZ, J. (2004). *Derecho procesal penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- MAURACH, R. y GÖSSEL, K. H. (1995). *Derecho penal parte general*, Buenos Aires, Editorial Astrea.
- NOVOA, E. (1985). *Curso de derecho penal chileno*, Santiago, Editorial Conosur.
- OROSCO, R. (2021). *Los delitos continuados y reiterados*, Santiago, Editorial El Jurista.
- OSSANDÓN, M. y RODRÍGUEZ, L. (2008). *Delitos contra la función pública*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- POLITOFF, S. MATUS, J. y RAMÍREZ, M. (2004) *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile
- VAN WEEZEL, A. (2007). *Delitos tributarios*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Normas jurídicas citadas

- Constitución Política de la República de Chile (CPR), (2005), Chile.
- Convención Americana de Derechos Humanos. (1991), Chile, Recuperado el 10 de octubre de 2023, de Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=16022>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1992), Chile, Recuperado el 10 de octubre de 2023, de Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar-app?idNorma=87919>
- Código Penal,(1874), Chile, Recuperado el 10 de octubre de 2023, de Biblioteca del Congreso Nacional <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984>
- Código Procesal Penal, (2000), Chile, Recuperado el 10 de octubre de 2023, de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>

Jurisprudencia citada

- Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, R.U.C. N° 1410006643-3, 13 de julio de 2022.
- Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 59856-2022, 3 de mayo de 2023.