

II. Derecho Penal (Parte Especial)

AUTORÍA MEDIATA Y LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

ROBERTO NAVARRO-DOLMESTCH
Universidad Católica del Maule

I. ANTECEDENTES

La que me ha correspondido comentar es una sentencia dictada por la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta a propósito de los recursos de nulidad que promovieron los cuatro condenados por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la misma ciudad (RUC 2100807090).

La pluralidad de recursos conocidos por la Corte de Antofagasta, así como las distintas causales de nulidad invocadas por los recurrentes, aseguran que la sentencia analizada tenga varios aspectos que ameritarían su comentario. Pero como ello no es posible, estimo que en esta oportunidad amerita concentrarse en dos aspectos. El primero, los fundamentos esgrimidos por la sentencia analizada para resolver sobre el título de imputación personal (autoría o complicidad) según lo discutido ante el Tribunal Oral. El segundo, la determinación del contenido del elemento normativo “funcionario o empleado público” y cómo este debería ser interpretado a la luz de la circunstancia agravante especial prevista en el literal d) del artículo 19 de la Ley N° 20.000. A cada uno de los aspectos antes mencionados se les destinarán los apartados II a IV siguientes.

II. SOBRE EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN PERSONAL

De acuerdo con la sentencia condenatoria¹, los hechos que se dieron por acreditados consistieron en que, gracias a diligencias previas desarrolladas por la policía, se tomó conocimiento de que el 25 de octubre de 2021, los condenados (W.P., B.R., P.G. y C.O.), usando dos vehículos, estaban trasladando sustancias estupefacientes desde la región de Tarapacá hasta Antofagasta.

¹ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, rol N° 243-2022, de 17 de septiembre de 2022, considerando decimosegundo.

Los cuatro condenados se coordinaron para ejecutar el traslado y la operación consistió en que las sustancias iban a bordo de un automóvil, conducido por W.P.; mientras que, a bordo de una camioneta, los condenados B.R. (que la conducía), P.G. y C.O., actuaron “como punta de lanza, a fin de alertar algún posible control policial” en la Ruta 5 Norte. En un peaje, la policía controló la camioneta; y acto seguido hizo su llegada el vehículo conducido por W.P., quien reconoció que llevaba consigo las sustancias estupefacientes.

El tribunal oral decidió condenar a P.G. como autor ejecutor (art. 15 N° 1 CP) del delito de tráfico de drogas (art. 3° Ley N° 20.000).

La defensa de P.G. recurrió de nulidad en contra de la sentencia condenatoria, alegando que en la imputación de tal título de imputación personal se habría incurrido en una errónea aplicación del derecho (art. 373 letra b) CPP); a juicio de la defensa, P.G. debió ser absuelto por falta de participación o, en subsidio, debió habersele atribuido el título de cómplice (art. 16 CP).

La Corte de Antofagasta rechazó el libelo intentado, descartando que en la calificación a título de autoría de P.G. se haya incurrido en un error jurídico. Para ello, la Corte analizó los hechos que la sentencia recurrida dio por acreditados, declarando que las “probanzas demostraron que, desde antes del traslado de droga desde Iquique, P.G. mantenía contacto con [los otros condenados], con quienes se juntaba en distintos sectores de la ciudad, para coordinar el ilícito al que se referían crípticamente en sus conversaciones telefónicas” y que, en definitiva, P.G. colaboró “coordinadamente para la facilitación del transporte de las sustancias ilícitas” (considerando decimoséptimo).

La sentencia comentada argumenta que los hechos acreditados configuran respecto de P.G. una coautoría y, aunque reconoce que dicho concepto no se encuentra legalmente definido, resuelve el asunto recurriendo para ello a la teoría del dominio funcional del hecho, la que “actualmente tiene una notable influencia de tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional”. Aplicando dicha construcción doctrinaria, el Tribunal parte indicando que ese concepto permite distinguir entre la autoría propiamente tal de la participación, sobre la base de que autor es “quien domina el acontecer que conduce a la realización del delito”, mientras que los partícipes –como el cómplice– son “figuras marginales que dejarían en manos ajenas el dominio del suceso” (considerando decimooctavo). A juicio de la sentencia comentada, la coautoría se verifica en aquellos supuestos en los que existe una distribución de roles; y el coautor puede identificarse cuando en los hechos se verifique “un co dominio sobre la ejecución del delito, es decir, un dominio basado en la función irremplazable que cumple el coautor, de manera que el rol asignado a cada uno les otorgaría la posibilidad de hacer fracasar el plan delictivo mediante su negativa o rechazo a realizar su parte en el trabajo” (considerando decimooctavo).

Una primera cuestión a relevar es la decisión de la Corte de recurrir a la teoría del dominio funcional del hecho para resolver el asunto sometido a su decisión. Al respecto, la sentencia declara que “la conducta desplegada por el acusado P.G. en delito de marras se encuadra en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, [ya que] reúne las tres exigencias de la teoría expuesta [del dominio funcional del hecho]”. A mayor abundamiento, que “la participación del acusado no encuadra en la definición de cómplice que entrega el artículo 16 del Código Penal, pues desde la teoría de dominio funcional del hecho la conducta de este no fue un aporte unilateral o circunscrito solo a una parte de la ejecución del delito, al contrario se desplegó desde la preparación hasta la ejecución; su aporte fue esencial durante la ejecución del mismo porque contrató a la persona que efectuó el transporte, cargó la droga en el vehículo que la transportó, además actuó de punta de lanza para evitar el control policial del vehículo con droga y supervisó el desplazamiento de dicho móvil” (considerando decimoctavo). En otras palabras, la Corte parte de la premisa que los artículos 15 a 17 CP recogen la teoría del dominio del hecho, de modo que, verificada en el caso la concurrencia de los presupuestos doctrinarios, es posible afirmar que esa conducta calza con los elementos normativos incluidos por el legislador en dichas disposiciones.

Tal premisa es discutible. Que la conducta desplegada por un sujeto coincida con los requisitos propuestos por la doctrina en el marco de la teoría del dominio del hecho, no autoriza a afirmar que se verifiquen los títulos de imputación personal previstos en nuestra legislación. Que es lo mismo que decir que no puede establecerse una relación de identidad entre la propuesta dogmática y el ordenamiento nacional. La “ajenidad” de tal construcción dogmática al Derecho chileno ha sido puesta en relieve por Matus Acuña y Ramírez Guzmán².

Es cierto que la teoría del dominio de la voluntad ha sido ampliamente incorporada por la Corte Suprema para fundamentar la configuración de la autoría mediata en causas de derechos humanos³, pero también en materia del

² MATUS ACUÑA, Jen Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, M^a Cecilia. *Manual de derecho penal chileno. Parte general*, 2^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch (2021), pp. 498 y ss.

³ Ver, a modo de ejemplo, las siguientes sentencias: Corte Suprema, 2.03.2023, rol N° 25834-2021 [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?b9azc>]; Corte Suprema, 4.01.2023, rol N° 36665-2019, considerando noveno [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?b3jxx>]; Corte Suprema, 25.10.2022, rol N° 36435-2019, considerando Noveno [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?3g7z>]; Corte Suprema, 19.10.2022, rol N° 3739-2019, considerando cuadragésimo octavo [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?b3maw>]; Corte Suprema, 17.10.2022, rol N° 24683-2018, considerando sexto y séptimo [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?3rva>]; Corte Suprema, 28.06.2022, rol N° 22962-2019, considerando noveno [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?inef>]; Corte Suprema,

delito de tráfico de drogas⁴. Junto con ello, es cierto que la propia Corte ha resuelto discusiones en torno a la diferencia entre autor y cómplice sin recurrir a dicha teoría⁵. Adicionalmente, aunque la teoría del dominio del hecho haya sido adoptada por el máximo tribunal, ello no es obstáculo para aceptar la crítica de la ajenidad, sobre todo en un ordenamiento como el chileno en el que la distinción entre autoría y participación tiene características propias, como lo demuestra la decisión del legislador de sancionar como autor algunas formas de cooperación, en los términos del numeral tercero del artículo 15 CP, dejando para la complicidad un contenido residual.

Pero aceptando, aun provisionalmente, la compatibilidad de la teoría del dominio del hecho con el ordenamiento jurídico chileno, existen algunos aspectos que ameritan un examen. De acuerdo con Roxin, es “coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido”⁶. El mismo autor es claro en afirmar que la idea básica de la coautoría requiere que se la “conciba como dominio conjunto del hecho”⁷. Estas ideas, unidas a las expresadas en los fundamentos jurídicos de la sentencia sobre el contenido de la doctrina del dominio del hecho (extraídos del trabajo realizado por

27.01.2012, rol N° 4822-2011, considerando noveno [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?tje7>]. Entre paréntesis cuadrados se indica la dirección web en la que pueden consultarse las sentencias citadas según se muestran en la base de datos de jurisprudencia del Poder Judicial, disponible en [<https://www.pjud.cl/portal-jurisprudencia>].

⁴ Ver, a modo de ejemplo, sentencia de la Corte Suprema, 21.03.2011, rol N° 2725-10 [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?www6>].

⁵ Ver, a modo de ejemplo, las siguientes sentencias: Corte Suprema, 10.06.2022, rol N° 4492-2022, considerado decimotercero [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?iryb>]; Corte Suprema, 25.09.2019, rol N° 19223-19, considerando trigésimo primero [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?ixae>]; Corte Suprema, 8.10.2015, rol N° 10602-15, considerando décimo [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?kptz>]; Corte Suprema, 15.04.2012, rol N° 2126-12, considerando noveno [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?mmvb>]; Corte Suprema, 25.07.2012, rol N° 7840-10, considerandos decimotercero y decimocuarto [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?gy3j>]; Corte Suprema, 12.10.2011, rol N° 6993-11, considerando decimonoveno [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?g7zb>]; Corte Suprema, 30.07.2008, rol N° 2270-08, considerando noveno [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?jh8j>]; Corte Suprema, 21/3/2007, rol N° 4767-06, considerandos séptimo y octavo [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?iq2q>].

⁶ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2ª ed., traducción de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Madrid-Santiago de Chile: Marcial Pons/Editorial Metropolitana (2016), p. 274.

⁷ ROXIN, ob. cit., p. 273.

Bascur⁸), hacen surgir algunas dudas sobre la corrección de la calificación jurídica como autor de P.G.

El hecho que el tribunal oral dio por acreditado⁹ no es particularmente claro sobre la esencialidad de la aportación que P.G. tuvo en la realización del hecho

⁸ BASCUR, Gonzalo. “Consideraciones sobre la delimitación entre coautoría y complicidad en el contexto del Derecho penal chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 23 (2015), *passim*.

⁹ Los hechos son los siguientes: “Con los antecedentes de diligencias previas de investigación por el delito de tráfico ilícito de drogas, realizadas por la sección OS7 de Carabineros de Antofagasta, se determinó que un grupo de individuos previamente concertados, transportarían desde la Región de Tarapacá hasta la ciudad de Antofagasta una cantidad indeterminada de drogas.

Es así que mediante la utilización de las técnicas de investigación consistentes en escuchas telefónicas, seguimiento y vigilancia, el día 25 de octubre de 2021 en horas de la tarde se tomó conocimiento que los acusados, se trasladaban en dos vehículos con las sustancias ilícitas, por lo que personal policial instaló servicios policiales de la especialidad, en la Ruta 5 Norte, kilómetro 1.399, sector peaje, localidad de Baquedano y sector Oasis, Ruta 5 Norte con la Ruta B-25, con la finalidad de lograr observar el paso de los vehículos.

Luego, a eso de las 00:33 horas aproximadamente del día 26 de octubre de 2021, observaron la llegada al Servicentro del sector Oasis, el automóvil marca Hyundai, modelo Accent, patente HFJG-42, conducido por el imputado W.P., quien lo hacía con los logos distintivos del Gobierno de Chile, con el objeto de evitar las fiscalizaciones en la ruta, paralelamente, se observó la llegada de una camioneta color negro, patente HYPC-12, marca Nissan, modelo NP300, conducida por el imputado B.R., acompañado de los imputados P.G. y C.O., quienes luego de abastecer combustible e interactuar entre ellos, continuaron su viaje por la Ruta 5 Norte en dirección a la ciudad de Antofagasta, donde la camioneta Nissan NP300 lo hacía antecediendo unos 10 minutos al automóvil Hyundai, modelo Accent. Siendo aproximadamente las 01:15 horas personal policial que se encontraba apostado en el sector del peaje de la comuna de Baquedano, observó la camioneta negra antes aludida, utilizada en este tipo de ilícito como punta de lanza, a fin de alertar algún posible control policial en la citada ruta, la cual era conducida por B.R., procediendo a su fiscalización, en la cual además viajaban los acusados P.G. y C.O., este último se encontraba a cargo de ese vehículo. Luego y siendo las 01:25 horas aproximadamente, se observó la llegada al citado peaje, del automóvil Hyundai Accent, conducido por W.P., quien luego de ser fiscalizado, portando el logo del Gobierno de Chile y colgada a su cuello una credencial, y consultado por personal aprehensor, reconoció que llevaba sustancias ilícitas y armas de fuego en el porta maletas, procediéndose a incautar la cantidad de 21 paquetes envueltos con nylon transparente color negro, de una sustancia que practicada la prueba de campo arrojó coloración positiva a marihuana, con un peso de 22 kilos 424 gramos; 01 Arma de Fuego, tipo pistola marca M95-CLASIC, color gris, sin número de serie, con su respectivo cargador con 03 cartuchos 9 mm color amarillo 07 cartuchos 9 mm, con proyectil color azul y 01 Arma de Fuego sin marca ni modelo, sin número de serie, con su respectivo cargador, con 03 cartuchos sin percutar, Cal. 11.25, además de la suma de \$ 203.000 pesos y 01 teléfono celular marca Samsung, color negro, procediendo a la detención de todos los imputados. Incautándole a B.R., la cantidad de \$42.000 pesos y 01 teléfono celular marca Huawei, color verde; al imputado P.G., 01 teléfono celular marca Huawei, color Aurora-Blu y 01 teléfono celular marca Samsung, color negro; y al imputado C.O., 01 teléfono celular marca

constitutivo del delito de tráfico. Según esta sentencia, P.G. iba a bordo de una camioneta que, en los hechos, actuaba como “punta de lanza”. Como se dio por establecido en la sentencia condenatoria, la función de este móvil es desplazarse por la ruta elegida antes que el vehículo en el que se lleva la droga, con el fin de advertir a dicho móvil la eventual presencia de efectivos policiales. Sin embargo, según la dinámica de los hechos establecidos, la camioneta “punta de lanza” fue inefectiva, ya que los funcionarios policiales apostados en la plaza de peaje no solo controlaron a la camioneta, sino también al automóvil en el que era trasladada la droga. La sentencia nada indica sobre los motivos por los que la camioneta de reconocimiento no fue efectiva. Se puede suponer que los sujetos que viajaban a bordo de ella –entre los que se encontraba P.G.– no tuvieron tiempo de advertir al otro automóvil de la presencia del dispositivo policial; que el procedimiento policial fue ejecutado de tal forma que impidió que los sujetos avisaran a quien transportaba materialmente la droga; o –y he aquí el problema–, la camioneta no estaba desarrollando la función de punta de lanza. El relato de hecho que se dio por acreditado no entrega información que ayude a despejar esta duda. Y este interrogante es importante porque si lo que en la especie ocurrió fue la última de las hipótesis, la decisión de atribuir a P.G. el título de coautor queda sin sustento fáctico.

A modo de inciso, creo necesario señalar que estas cuestiones ponen de manifiesto el carácter crítico de una adecuada redacción del hecho delictual

“Redmi”, color verde, la suma \$ 25.000 pesos. Además se incautó 02 Balizas, color negro que venía dentro de la camioneta negra.

Además, la camioneta negra marca Nissan, NP300, que en esos momentos portaba a la vista la patente HYPC-12, en la que se trasladaban los imputados B.R., P.G. y C.O., mantenía encargo por robo de la ciudad de Santiago, según parte denuncia de la 43ª Comisaría de Peñalolén, de 16 de octubre de 2021, la que fue previamente sustraída a su propietario de iniciales N.F.L.L. y que en realidad dicho vehículo se hallaba identificado con la patente KHCH-63.

Siendo las 02:40 horas y previa autorización voluntaria del imputado W.P., personal policial ingresó a su domicilio ubicado en El R. de esta ciudad, hallándose en su interior una mochila color negro, marca HEAD, contendora de: 01 paquete de marihuana, con un peso bruto de 01 kilo 62 gramos, 01 paquete de clorhidrato de cocaína con un peso bruto de 522 gramos y 01 paquete de base de cocaína, con un peso bruto de 01 kilo 45 gramos.

A las 03:15 horas, y previa autorización voluntaria de la pareja del acusado C.O., personal policial ingresó a su domicilio incautándose 02 placas patentes KRBZ-23 y 02 placas patentes LCFD-52, las cuales se encontraban debajo un cojín de un sofá, ubicado en el living comedor, y en el interior de un closet del dormitorio matrimonial, el imputado guardaba 01 bolsa de nylon transparente, contenedora de clorhidrato de cocaína, con un peso bruto de 04 gramos.

El total de la droga incautada fue de 01 kilo 45 gramos de base de cocaína con una pureza del 29%, 23 kilos 486 gramos de marihuana y 526 gramos de Clorhidrato de Cocaína, de los cuales 522 gramos con una pureza del 77% y 04 gramos con 80%” (Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, 17.09.2022, RIT 243-2022, considerando décimo segundo).

imputado en la formalización de la investigación, en la acusación y, posteriormente, en la sentencia. Ese relato de hecho debe contener todos los elementos necesarios para decidir no tanto la tipicidad de la conducta, como su grado de desarrollo y el título de imputación personal. Si se lee el hecho que se dio por acreditado (que, en lo sustancial, coincide con el de la acusación), se puede apreciar una infinidad de detalles, como el monto exacto de las cantidades de dinero incautadas a los condenados, el resultado de las pruebas de campo efectuadas a las sustancias recogidas, la descripción (marca, modelo y color) de los teléfonos móviles, etc. Pero el hecho carece de información relevante, como, por ejemplo, qué tan sustancial fue el aporte de P.G. Esta deficiencia en la construcción del hecho delictual es, de acuerdo con la experiencia, muy común en la práctica. Y, también es necesario decirlo, ella parece haberse perpetuado porque las pocas exigencias de los tribunales al respecto han actuado como un subsidio a la actividad de los fiscales.

Volviendo al análisis previo al comentario marginal precedente, estimo que no hay alguna buena razón que justifique la decisión de la Corte de recurrir a una teoría como la del dominio del hecho, para justificar su decisión de validar la condena de P.G. a título de coautor. La simple aplicación del tipo penal de tráfico previsto en el artículo 3° de la Ley N° 20.000, con relación al artículo 15 CP, era suficiente.

En efecto, según el tipo penal mencionado, la conducta de tráfico presenta en nuestro Ordenamiento jurídico una notable extensión. Ella no solo comprende la circulación propiamente tal de la droga, que sería el sentido natural de “traficar”, sino también un conjunto de conductas que serían propiamente actos preparatorios si el tipo penal consistiera solo en la circulación de la sustancia. De acuerdo con el inciso segundo del artículo 3° Ley N° 20.000, el tráfico típico son también conductas previas a la propia circulación, como la importación, la exportación, el transporte, la adquisición o la transferencia, entre otras, de tales sustancias. En el caso sometido a enjuiciamiento, la Corte pudo haber adoptado una interpretación que recurriera a los textos normativos.

Si, de acuerdo con el artículo 15 N° 1, primera parte CP, son autores los que toman parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa, la Corte pudo haber fundado su decisión argumentando que P.G., de una manera inmediata y directa, *transportó* las sustancias estupefacientes halladas. Esta vía argumentativa habría requerido, es necesario reconocerlo, mayor información sobre la concreta función que desarrolló P.G.

Pero si la Corte hubiera desarrollado la función de ‘punta de lanza’ de la camioneta en la que se desplazaba P.G., también podría haber concluido que dicha persona transportó la droga que iba en el otro vehículo, ya que su función era procurar que el delito de tráfico se evitara, en los términos del artículo 15

Nº 1, segunda parte CP. Pero incluso resta aun una tercera posibilidad vinculada con la anterior: recurrir al numeral tercero del artículo 15 CP. En esta, supuesto el concierto previo que el tribunal oral dio por acreditado, se pudo argumentar que P.G. o facilitó un medio con que se lleva a efecto el hecho (resguardo) o lo presenció sin tomar parte inmediata en él.

Como se ve, no era necesario recurrir a un aparato dogmático para resolver el asunto puesto en conocimiento de la Corte, pudiendo haber recurrido a la literalidad de las normas jurídicas aplicables.

III. ¿QUÉ SIGNIFICA APROVECHARSE O ABUSAR DE LA CALIDAD O CONDICIÓN DE “FUNCIONARIO PÚBLICO” EN EL SENTIDO DEL ARTÍCULO 19 D) LEY Nº 20.000?

La sentencia del tribunal oral condenó a W.P., entre otros, como coautor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes; y consideró que, a su respecto, se configuró la agravante especial prevista en la letra d) del artículo 19 de la Ley Nº 20.000, esto es, que el delito “se cometió por funcionarios públicos aprovechando o abusando de su calidad de tales”.

Los hechos que fundamentan dicha decisión consisten en que en el vehículo en el que W.P. transportó la droga, él dispuso “logos distintivos del Gobierno de Chile, con el objeto de evitar las fiscalizaciones en la ruta”. La Corte precisa que “la función del acusado W.P. era la de coordinador del proyecto “Televigilancia móvil en el marco del plan calle segura” financiado con recursos de la Subsecretaría de la Prevención del Delito y del Gobierno Regional, destacándose las tareas de supervisar el equipo de trabajo, coordinar con Carabineros y PDI, comprobar y controlar en forma permanente la calidad del trabajo e información entregada por los copilotos (drones), operadores y demás intervinientes” (considerando vigésimo quinto).

El recurso de nulidad alegó que, al considerarse concurrente esta agravación, el tribunal oral había incurrido en una errónea aplicación de dicha disposición al caso enjuiciado. Este error se configuraría tanto porque atribuyó a W.P. la calidad de funcionario público aplicando el concepto funcional del artículo 260 CP (y no el concepto formal propio del Estatuto Administrativo), como porque no se habría aprovechado o abusado de tal función, ya que, argumentó, no estaría acreditado que se usara los logos del Gobierno para evadir los controles policiales y aduaneros en la ruta.

La Corte manifiesta que en el ordenamiento jurídico hay dos fuentes positivas que pueden contribuir a determinar el sentido normativo del elemento ‘funcionario público’ que emplea el legislador en el artículo 19 d) de la Ley

N° 20.000. La primera, es la disposición contenida en el artículo 260 CP; la segunda, la de la letra a) del artículo 3° del Estatuto Administrativo. La aplicación de cada una de esas fuentes conduce a resultados distintos. La discusión sobre esta cuestión jurídica es zanjada por la Corte en los siguientes términos: “... la sentencia no configura la agravante desde la perspectiva que el acusado P.W. haya desempeñado un cargo público, sino desde la segunda posibilidad que contempla el artículo 260 del Código Penal, esto es, por desempeñar una función pública” (considerando vigésimo sexto).

La decisión de la Corte opera sobre la base de una distinción jurídica fundamental entre dos conceptos de empleado público que contemplan un desempeño: de cargo público (el concepto administrativo) y de función pública (el concepto penal). Este último, se ha denominado concepto “funcional”¹⁰.

La sentencia comentada declara que corresponde interpretar la agravante especial en atención al concepto de empleado público previsto en el artículo 260 CP, descartando que deba seguirse, en este punto, el concepto administrativo. De acuerdo con este último, un funcionario o empleado público es aquel que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1° del Estatuto Administrativo.

La preferencia por el concepto del artículo 260 CP para interpretar la agravación de la Ley N° 20.000 se justifica por la Corte en que, de acuerdo con esa disposición, debe considerarse funcionario público aquel que, independiente del estatuto jurídico que regule la relación laboral, desempeñe una función pública. La sentencia argumenta que el artículo 260 CP contiene dos presupuestos: desempeñar un cargo, por un lado; y desempeñar una función pública, por otro (“... se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública...”). En la interpretación del tenor literal de la disposición, la Corte le asigna a la conjunción “o” un sentido disyuntivo (“... es funcionario público el que desempeñe un cargo o función pública, [...] que al estar separados por la disyunción “o” implica que no tendrían el mismo significado, pudiendo ser uno o el otro”, considerando vigésimo sexto). Sin embargo, idiomáticamente no es correcta la afirmación de la Corte, toda vez que la conjunción disyuntiva *o* puede interpretarse en sentido exclusivo, pero también inclusivo, como lo indica la *Nueva gramática de la lengua española* (§31.9.b). Por eso, la expresión

¹⁰ BALMACEDA HOYOS, Gustavo. “Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al fisco”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 19, N° 2, p. 56; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, Magdalena. *Delitos contra la función pública*, 2ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile (2016), p. 123.

legal “cargo o función pública” puede tener el sentido de optar por algunas de las posibilidades que se mencionan (sentido exclusivo); pero también puede tener un sentido inclusivo, que no impone la elección entre los dos conceptos¹¹.

Más allá de las cuestiones gramaticales, la sentencia pudo haber adherido derechamente a la opción de la independencia, para efectos penales, del concepto de funcionario público del de las normas administrativas, como lo plantea una parte de la doctrina autorizada sobre la materia¹².

Sin embargo, la sentencia comentada no es particularmente generosa en justificar por qué el condenado debe ser considerado un empleado público. Al respecto, el fallo destaca que el condenado prestaba servicios en un programa de seguridad ciudadana “financiado con recursos de la Subsecretaría de la Prevención del Delito y del Gobierno Regional” (considerando vigésimo sexto) y que, en el desempeño de esas labores, debía coordinarse con las policías y supervigilar el desempeño de otros actores del sistema. Sin embargo, considerar que labores de seguridad ciudadana son, por ese solo hecho, funciones públicas (de forma que quien las realiza es un funcionario público funcionalmente considerado) es un tanto arriesgado. Porque, con esa lógica, podría llegar a concluirse que los servicios privados de guardias en espectáculos públicos (que contribuyen a la seguridad de los asistentes) también podrían llegar a considerarse una función pública; y a los guardias contratados por empresas, funcionarios públicos. Que el programa para el que el condenado W.P. trabajaba haya estado financiado con recursos públicos no altera el ejemplo del espectáculo. Si este es financiado por una municipalidad, se cumpliría también con el requisito. Y es que la concepción funcional de funcionario público produce problemas en un escenario como el nuestro, en el que una multiplicidad de funciones que fueron históricamente públicas, están ahora entregadas a los privados. Piénsese, por ejemplo, en el secretario de una universidad privada que autoriza las titulaciones que entrega esa casa de estudios. Si el secretario falsifica un título, entregándolo a alguien que no ha cumplido los requisitos para obtenerlo, ¿actúa como empleado público en la falsificación de ese instrumento? Una titulación entregada por una universidad privada produce los mismos efectos jurídicos que una emitida por una pública (de propiedad estatal). El problema no se produce, por ejemplo, con el delito de certificación

¹¹ Distinto sería el caso que el legislador haya elegido usar una conjunción disyuntiva discontinua (...se reputa empleado todo el que desempeñe o un cargo o una función pública...) porque esa formulación solo tiene un sentido posible de exclusividad, estableciendo una diferenciación entre los dos términos.

¹² En este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDÓN WIDOW, ob. cit., p. 123.

falsa de enfermedad del artículo 202 CP, ya que en este, la conducta típica tiene como sujeto activo a un “facultativo”, independiente de si se desempeña en un centro público o privado. Pero el problema reaparece en el delito del artículo 203 CP, cuando sanciona al “empleado público” que librare una certificación falsa de pobreza para efectos del privilegio de pobreza que confiere el artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales a personas patrocinadas por entidades públicas o *privadas* destinadas a prestar asistencia jurídica y judicial gratuita.

El segundo aspecto debatido con relación a la concurrencia de la agravante especial consistió en que, a juicio de la defensa, la prueba rendida no era suficiente para considerar que el condenado W.P. se ha aprovechado o abusado de su condición de funcionario público. La decisión de la Corte, de rechazar también este capítulo del recurso de nulidad, se fundamentó en los siguientes términos:

“... al establecerse como *factum* que este acusado transportó la droga en un automóvil con logos distintivos del gobierno, lo que se está estableciendo que “se aprovechó” de esos logos para evitar las fiscalizaciones, en el contexto que según la última acepción que entrega la RAE aprovechar significa “Sacar provecho de algo o de alguien, generalmente con astucia o abuso”, y a su turno provecho es “beneficio o utilidad que se consigue o se origina de algo o por algún medio”; y porque dicha conducta corresponde a una máxima de experiencia, esto es, que es de público conocimiento que un vehículo con logos del gobierno o de alguna institución pública o servicio público, tiene menos posibilidades de ser controlado por las autoridades policiales que un vehículo particular, porque las autoridades asumen que se trata de un vehículo oficial” (considerando vigésimo séptimo).

Debe entenderse que lo que se reprocha aquí es que W.P. utilizó unos logos que ya estaban puestos en el automóvil, porque no se señala información alguna en el sentido que el condenado haya decidido ponerlos para mostrar que el automóvil en que se desplazaba era un vehículo oficial y, con ello, hacer menos probable ser objeto de un control policial. Las hipótesis de aprovechamiento y abuso que contiene la norma legal deben ser interpretadas en el sentido de una conducta dolosa del sujeto activo, es decir, un prevalimiento. Pero ese aprovechamiento o ese abuso deben serlo de la función, y no necesariamente de los objetos que una persona utiliza para desempeñar esa función, como es el automóvil. La conducta del funcionario público que usa el computador de que dispone en el servicio en el que trabaja para hacer las coordinaciones para facilitar la entrada ilegal al país de extranjeros, no verifica por ese solo hecho la conducta agravada de tráfico ilegal de migrantes del inciso cuarto del artículo 411 bis CP. Y un funcionario del Servicio de Migraciones que ‘vende’

visados a extranjeros para permitir el ingreso ilegal de estos, sí ejecuta esa acción aunque en las coordinaciones utilice su computador personal, desde su casa y fuera de los horarios laborales. La agravante del artículo 19 letra d) de la Ley N° 20.000 parece estar pensada más bien para el caso de un funcionario público que usa sus propias atribuciones para la comisión del delito, como el funcionario de Aduanas que, teniendo la facultad de señalar aleatoriamente qué envíos de los recibidos en la aduana deben ser fiscalizados, decide no fiscalizar aquel en el que se contiene droga porque él conoce el contenido de ese paquete. Si en el caso enjuiciado, W.P. hubiera retirado los logos del vehículo antes de hacer el transporte en ese automóvil, la agravante no se habría configurado. Y no porque W.P. hubiera dejado de ser funcionario público por sacar los logos, sino porque el llevar los logos exhibidos constituye, a juicio de la sentencia, el aprovechamiento. Aquí parece radicar la clave para entender el razonamiento de la Corte. El aprovechamiento parece consistir, en el razonamiento de la Corte, no en el ejercicio de las propias funciones públicas (y de sus facultades), sino en los elementos que forman parte de esa función, como el computador que el funcionario tenga asignado, o el automóvil con los logos, en el caso enjuiciado.

I. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)

Tráfico ilícito de estupefacientes y tenencia ilegal de arma de fuego prohibida y de municiones. I. Autoría penal. Doctrina de la teoría del dominio funcional del hecho. Coautoría es la realización del tipo mediante ejecución con división del trabajo. Conducta desplegada por el acusado constituiría actos que complicidad. II. Agravante de desempeñar el condenado una función pública. Significado legal de cargo público.

HECHOS

Defensas de los condenados recurren de nulidad en contra de la sentencia definitiva, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que los condenó como autores del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes y del delito consumado de tenencia ilegal de arma de fuego prohibida y de municiones; asimismo, al tercer condenado como autor del delito de uso de placas correspondiente a otro vehículo. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones rechaza los recursos de nulidad interpuestos.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de Nulidad (rechazado).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Antofagasta.*

ROL: *1187-2022, de 23 de noviembre de 2022.*

MINISTROS: *Sr. Jaime Rojas Mundaca, Sr. Dinko Franulic C. y Sra. Jasna Katy Pavlich N.*

DOCTRINA

- I. *De lo expuesto precedentemente se infiere que no existe infracción al artículo 15 N° 1 del Código Penal, al calificar que la participación –del condenado– corresponden a las de la autoría contempladas en dicha norma, toda vez que lo atribuido es la coautoría en la comisión del delito en cuestión, y si bien el legislador no define lo que se entiende por coautoría para diferenciarla de la complicidad pretendida por el recurrente, cabe señalar que para dilucidar dicha situación, actualmente tiene una notable influencia de tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, la doctrina de la teoría del dominio funcional del hecho, la que indica que autor sería quien domina el acontecer que conduce a la realización del delito, característica que explicaría su centralidad en el evento, mientras que serían partícipes aquellos sujetos que no configurarían de manera decisiva su ejecución, circunstancia que justificaría su consideración como figuras marginales que dejarían en manos ajenas el dominio del suceso. Este principio rector se manifestaría en la coautoría a través de la formulación del criterio del dominio funcional del hecho, cuya variante más difundida corresponde al relevante aporte efectuado por Roxin. Para esta tesis, la coautoría es la realización del tipo mediante ejecución con división del trabajo. De ahí que pueda hablarse de un co-dominio sobre la ejecución del delito, es decir, un dominio basado en la función irremplazable que cumple el coautor, de manera que el rol asignado a cada uno les otorgaría la posibilidad de hacer fracasar el plan delictivo mediante su negativa o rechazo a realizar su parte en el trabajo. La estructura de la coautoría, de acuerdo al modelo roxiniano, quedaría determinada por tres requisitos centrales: (i) la existencia de un plan conjunto o común de ejecutar el hecho; (ii) una ejecución conjunta del hecho y; (iii) una contribución esencial prestada en la fase ejecutiva. El primer requisito exige la constatación de un plan conjunto de ejecución del delito, también denominado como acuerdo de voluntades. La función estructural de este elemento sería asignar a cada*

uno de los intervinientes su labor en el conjunto del suceso, por lo que se trataría de una condición necesaria para fundamentar la coautoría. El concepto de plan conjunto significa la existencia de un proceso de comunicación expreso o concluyente en que los intervinientes expresan su conformidad o coincidencia en la ejecución conjunta. Como segundo y tercer requisito, se exige la ejecución conjunta del hecho mediante aportaciones esenciales prestadas exclusivamente en fase ejecutiva (considerando 18° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

En suma, para la teoría del dominio funcional del hecho constituirían actos de complicidad: (i) la prestación de aportes unilaterales a la ejecución del delito; (ii) la prestación de aportes no esenciales durante la ejecución del delito, tales como el ejercicio de funciones protectoras periféricas y apoyos psíquicos intensificadores del hecho y; (iii) la prestación de colaboración en la fase preparatoria del delito. Así del factum establecido deviene precisamente que la conducta desplegada por el acusado G en delito de marras se encuadra en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, reúne las tres exigencias de la teoría expuesta, pues existió coordinación previa para la ejecución del delito, en la que se asignó las funciones a los acusados, todos se trasladaron a Iquique en los mismos vehículos en que fueron fiscalizados al regreso a Antofagasta, además según los dichos de P, G y los otros dos coacusados lo contrataron para el transporte de la droga y, en cualquier caso, cargó la droga desde la camioneta en que viajaba a Antofagasta al vehículo en que se transportaba la droga, y una vez cargada inició el viaje de regreso a esta ciudad antecediendo al vehículo transportador de droga con la finalidad de constatar la existencia de controles policiales y evitar la fiscalización del vehículo transportador de droga, avisando a este último la situación en que se encontraba la ruta en ese aspecto, y también controlar la forma en que se estaba desplazando dicho vehículo, lo que devela dominio del hecho porque fue uno de los gestores de la contratación de P para el traslado de la droga, además ejercicio labores de protección activa directa y además, supervisó que el traslado de la droga se efectuara como había sido convenido con P, por tanto tomó parte en la ejecución del delito de manera directa e inmediata, impidiendo o procurando impedir su ejecución [sic], en los términos que establece la norma en comento (considerando 18° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

- II. *El artículo 3 letra a) del D.F.L. N° 29 del Ministerio de Hacienda, texto actualizado del Estatuto Administrativo, establece para efectos de ese Estatuto el significado legal de cargo público, como aquél que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1, a través del cual se realiza una función*

administrativa; norma de la cual deviene que el concepto de cargo público sólo resulta aplicable al ámbito regulado por dicho Estatuto, esto es, según el artículo 1 del mismo texto legal, a las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo, con las excepciones que establece el inciso segundo del artículo 21 de la Ley N° 18.575; en consecuencia la alegación que la función realizada por el acusado debía ser analizada desde la perspectiva del artículo 2° del Estatuto Administrativo, primero, cae porque dicha norma sólo define la calidad que tienen los cargos públicos, ya que la definición legal está, como se dijo, en el artículo 3° letra a) del mismo texto legal; y segundo, también cae porque el mismo Estatuto Administrativo no hace extensivo su concepto de cargo público a otras ramas del derecho, por lo que no resulta aplicable al derecho penal. Zanjado lo anterior, cabe señalar que la sentencia no configura la agravante desde la perspectiva que el acusado P haya desempeñado un cargo público, sino desde la segunda posibilidad que contempla el artículo 260 del Código Penal, esto es, por desempeñar una función pública. Desde ese ámbito, como se adelantó, el citado artículo 260, tampoco define que [sic] es la función pública, tampoco lo hace el Estatuto Administrativo, por ende, aplicando lo dispuesto en el artículo 20 del Código Civil, función pública debe entenderse en su sentido natural y obvio, lo que según el diccionario RAE es definido como la “tarea que corresponde realizar a una institución o entidad pública o a un funcionario”. Entendiendo de esa forma la función pública es dable concluir que la labor que este acusado realizaba, se encuadra dentro de dicho concepto, ya que, según lo que resultó establecido, era de coordinador del proyecto “Televigilancia móvil en el marco del plan calle segura” financiado con recursos de la Subsecretaría de la Prevención del Delito y del Gobierno Regional, con tareas como supervisar el equipo de trabajo, coordinar con Carabineros y PDI, comprobar y controlar en forma permanente la calidad del trabajo e información entregada por los copilotos (drones), operadores y demás intervinientes, entre otras, destacando en los convenios múltiples citas a las Leyes N°s. 18.575, 18.834 y 19.880, en síntesis, desarrollaba tareas relacionadas con la seguridad ciudadana, la que, a todas luces, es una función pública porque su desarrollo compete a las entidades públicas. En consecuencia, las sentenciadoras no infraccionan el artículo 19 letra d) de la Ley N° 20.000 al aplicar el concepto de funcionario o empleado público que contiene el artículo

260 del Código Penal (considerando 26° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CI/JUR/43188/2022

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 260, 297, 342, 374 del Código Procesal Penal; 11 y 15 del Código Penal; 2° y 3° del Decreto con Fuerza de Ley N° 29, Ministerio de Hacienda; 1°, 3° y 19 de la Ley N° 20.000.*