



Universidad
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO

**REVISIÓN DEL CONCEPTO DE EMPLEADO PÚBLICO SEGÚN LA
DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA PENAL Y SU DIFERENCIA
FRENTE A LA DEFINICIÓN ADMINISTRATIVA**

FABIÁN URTUBIA BANDA

Artículo académico presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,
para optar al grado Magíster en Derecho Público: Transparencia, regulaciones y control.

Profesor Guía: Alejandro Leiva López

Santiago, Chile

2025

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	3
ABSTRACT.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
CAPITULO 1: La función pública	6
1.1. Función pública en el derecho penal.....	8
CAPITULO 2: Concepto de funcionario público	10
2.1. Funcionario público en el derecho administrativo.....	10
2.2. Empleado público en el código penal.....	12
2.3. El funcionario público en el derecho internacional.....	17
CAPITULO 3: Jurisprudencia en materia penal del concepto de empleado público	19
CONCLUSIONES	26
BIBLIOGRAFÍA	30

Resumen

El objeto de este trabajo es aproximarse al concepto actual de empleado público desde el artículo 260 del Código penal. Asimismo, se revisará cómo ha sido utilizado recientemente por la doctrina y la jurisprudencia en materia de participación en delitos especiales. Con ello, se busca establecer las diferencias conceptuales entre el Derecho penal y el Derecho administrativo y los conflictos que pueden generarse para la calificación y atribución de delitos funcionarios.

Palabras clave: empleado público, delitos funcionarios, artículo 260 del código penal.

Abstract

The purpose of this work is to determine the current concept of public employee from article 260 of the criminal code and how it has been used recently by the doctrine and jurisprudence in the participation of crimes based on their position. With this, establish the conceptual differences in criminal and administrative matters on the concept and conflicts that can be generated for the qualification and attribution of official crimes.

Key words: public employee, official crimes, article 260 of the penal code.

INTRODUCCIÓN

La historia del artículo 260 de Código penal da cuenta de que el concepto de funcionario o empleado público no ha sido pacífico y fue objeto de estudio y revisión y en tal sentido, ha soportado modificaciones e interpretaciones. Es así que, nuestro derecho no distingue entre empleado y funcionario público y la concepción en materia administrativa dista bastante de su definición penal.

El concepto de funcionario público en el ámbito penal es de carácter amplio, siendo lo relevante que el actor cumpla una función pública. En este sentido, es oportuno revisar qué se entiende por función pública y cómo esto determina si estamos ante un funcionario, así como si importa para su determinación dónde se ejerza la actividad pública, si reciben sueldo del Estado, si es de nombramiento o de elección popular.

Esta definición, aunque prácticamente asentada, es discutida por la doctrina y la jurisprudencia en circunstancias especiales de compleja determinación y es claramente diversa a lo establecido en materia administrativa al funcionario público.

El concepto administrativo es insuficiente para abarcar adecuadamente la persecución penal de aquellos que han infringido los objetivos de la función pública, por lo que mediante este estudio de acercamiento a la materia se busca entender la concepción actual de empleado público en materia administrativa, pero principalmente penal, y con ello, cómo la función determina la participación en los delitos funcionariales y si es necesario efectivamente que en materia penal se utilice un concepto autónomo e independiente de la definición administrativa de empleado público.

Finalmente, se revisarán algunos fallos de tribunales de jurisdicción penal y superiores que han debido revisar el artículo 260 del CP para determinar si el delito es cometido por un funcionario público.

1. LA FUNCIÓN PÚBLICA.

Para determinar el concepto de empleado público es necesario verificar si la actividad que desarrolla el actor se puede calificar de función pública en un órgano estatal dependiente o creado por ley. Corresponde entonces revisar qué se entiende por función pública por nuestra legislación y la doctrina nacional.

Nuestra Constitución Política establece en el artículo 1º, incisos cuarto y quinto que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”.¹ Debemos entender, por tanto, que la función pública es desarrollada por el Estado y sus distintos órganos, servicios, empresas públicas, fiscales o semifiscales, etc, en beneficio de las personas y el bien común. Este objeto se busca mediante la actuación de sus funcionarios, quienes tienen una carga adicional conforme el artículo 8º de la Constitución, dar estricto cumplimiento en sus actividades al principio de probidad.²

Esta aproximación constitucional a la definición de función pública se puede complementar con lo dispuesto en el artículo primero de la Convención Americana contra la Corrupción que señala que “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”. Esta acepción se enfoca en que la actividad sea de carácter estatal o en su representación.

Es así relevante en la función pública el sobreponer el interés público por sobre el interés privado. Que los funcionarios y los órganos que integran la Administración del Estado deben tener como fin cumplir la función que la ley ha prescrito y el bien común, principalmente con la entrega de determinados servicios para la comunidad, también, en la medida que la ley así lo establezca y permita.

¹ “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

² “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”.

En sentido amplio, se entiende función pública como función del Estado³, incluyendo no solo a las actividades de los órganos de la Administración sino también a las empresas del Estado. Incluso distinguiendo a las empresas del Estado creadas por ley y en aquellas actividades empresariales del Estado autorizada por ley de quórum calificado conforme el artículo 19 n°21 de la Constitución Política.

Una definición más restrictiva califica a la función pública como “toda actividad que realice los fines propios del Estado y son tales los que señala el artículo 1° de la Constitución política de la República (...) En consecuencia, solamente las actividades tendientes a la realización de algunos de los fines señalados son función pública y, por ende, sólo el individuo que tiene a su cargo la realización de alguno de éstos en particular, será funcionario público”.⁴ Según esta concepción, no puede considerarse como función pública la desarrollada por las empresas del Estado, por ser esta una actividad empresarial que debe regirse por las mismas normas de los privados, actuando entonces el Estado como un particular más en el sector privado.

De estos dos criterios, parece más razonable optar por un criterio restringido de la función pública, por cuanto, a pesar de que el Estado cumple ciertos fines a través de sus empresas y también realiza actividades mercantiles, comerciales a través de empresas o sociedades en que actúa como accionista, aunque sea el principal o mayoritario, no podría considerarse que todas ellas tienen un fin público. En estos casos, el objetivo es participar en una actividad económica por mantener ciertas ventajas comparativas o con fines estratégicos para contribuir al desarrollo económico o social.

Extender el criterio de función pública a toda actividad o entidad en que el Estado tenga cierta participación, no tiene un fundamento contundente, por cuanto, lo relevante es que la actividad pública propenda hacia el bien común y satisfacer necesidades generales y no hacia intereses particulares de sus accionistas como en las empresas o entidades autorizadas por ley de quórum calificado.⁵

³ Sentencia Corte Suprema Rol 2321-07, considerando 47°, de 19 de mayo de 2008.

⁴ OELCKERS (2000), p. 77. EN OSSANDON (2012), p. 54.

⁵ Artículo 6, Ley 18.575. LOC de Bases Generales de la Administración del Estado: “El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser un quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales. Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas”.

1.1. Función pública en el derecho penal.

Como se indicó previamente, en materia penal no existe una definición legal expresa de función pública, sin perjuicio de que el concepto es relevante para determinar quién es empleado público para la calificación de delitos funcionarios. En este aspecto, no existe mayor discusión en la doctrina que, para calificar a un empleado como público, pertenezca a un órgano del Estado, que esté adscrito a un órgano público. Pero como indica María Magdalena Ossandón refiriendo a la definición del profesor Etcheberry que, “para el Derecho Penal, puede decirse que la función crea al empleado, y no a la inversa”⁶, ello no es suficiente, por cuanto sólo indica que no son requisitos para su calidad el nombramiento del Jefe de Estado ni la remuneración, por ello, incluso los cargos de elección popular se incluyen en el concepto de funcionario público.⁷

El Código penal establece en el libro II, Título V, “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”. Señala Ossandón que “la función pública se realiza a través de la sumisión de los agentes públicos a los deberes que les impone la ley en el cumplimiento de objetivos de interés general, y esto es, en definitiva, lo que se pretende proteger”.⁸

En términos generales, entendemos que el bien jurídico que se busca proteger con la tipificación de los delitos de funcionarios públicos es el correcto funcionamiento de la Administración Pública o el correcto desempeño de la función pública, lo que implica actuar conforme al principio de probidad.

La incorrecta intervención de un funcionario en un acto delictual en virtud de su cargo incluso puede ser más relevante que la propia afectación patrimonial al Estado que su acto genere. Esto, debido a la importante actuación de los funcionarios públicos en los fines que persigue la Administración del Estado, el bien común, debe privilegiar el bienestar general por sobre el interés particular, por lo que el Estado deposita su confianza en estos empleados otorgándole un cargo público y a su vez, generando desde la Constitución Política en su

⁶ ETCHEBERRY (1998), p. 205.

⁷ OSSANDON (2012), p. 57.

⁸ RODRÍGUEZ Y OSSANDON (2015), p. 115.

artículo 8°, una exigencia en sus funciones por sobre un ciudadano común o un empleado privado, debiendo actuar en todo momento apegado al principio de probidad.

Por estos motivos, el legislador se encarga de tipificar delitos especiales para los funcionarios públicos, que se configuran principalmente como delitos de infracción de deber, tratándose de “conductas realizadas por una persona especialmente obligada y garante de que el funcionamiento concreto de los entes estatales responda a los parámetros de legalidad, imparcialidad, eficacia, etc, que le son exigibles”.⁹

En un sentido similar para referirse a los delitos funcionarios, Cavada señala que “No existe una definición legal de “delitos funcionarios”. Sin embargo, otros los entienden como aquellos que exigen que el sujeto activo sea funcionario público, y cuyo bien jurídico protegido es la probidad administrativa, entendida como la recta administración del Estado mediante sus agentes, que son los empleados públicos”¹⁰. Luego indica que estos delitos involucran a la Administración del Estado, ya sea en sus organismos centralizados o descentralizados, entidades autónomas, Municipalidades o Gobiernos Regionales.

Ahora bien, los delitos de funcionarios públicos son de carácter especial propios, sin perjuicio de que la función pública también pueda verse afectada por personeros externos al órgano estatal o a la empresa del Estado, en quienes, como particulares o privados, no recaerá este deber especial de probidad o de resguardo de los intereses generales, sin perjuicio de que existan tipos penales que igualmente persigan su conducta, pero con un bien jurídico protegido distinto.

En definitiva, en materia penal es determinante cómo se entiende la función pública y cómo su infracción, por falta de probidad o por desviarse de los intereses generales que persigue la función pública, permitirá calificar que estamos frente a un delito cometido por quien tiene la calidad de funcionario público.

⁹ RODRÍGUEZ Y OSSANDON (2015), p. 120.

¹⁰ CAVADA (2021), p. 2

2. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO.

2.1. Funcionario público en el derecho administrativo.

En el Derecho administrativo nacional se distingue entre empleado y funcionario. Se entiende que el funcionario “está investido de cierta autoridad o autonomía de determinación, en tanto que el empleado, es subordinado al funcionario y sólo realiza tareas de ejecución”¹¹. El profesor Pedro Pierry no comparte esta distinción, señalando que “la distinción entre funcionarios y empleados que, a pesar de la justificación teórica, parece no haber sido utilizada en Chile, por la constante referencia indistinta de ambos términos”¹². Seguiremos la posición de Pierry, sin hacer diferencia entre funcionario o empleado público.

La definición de empleado público se puede analizar desde distintos criterios. Un criterio formal objetivo considera como determinante el sector del ordenamiento jurídico que contemple el régimen de giro del ente. Es decir, si está sometido al derecho público sus empleados serán considerados funcionarios públicos. El criterio formal subjetivo, considera funcionario público en cuanto se verifican las formalidades de elección o nombramiento. Por último, un criterio teleológico o funcional otorga la calidad de empleado público a quien realice una función pública.¹³

Desde la perspectiva orgánica, es funcionario público toda persona natural que ocupa un cargo público dentro de la Administración del Estado. El concepto de cargo público lo encontramos en el artículo 3° letra a) del Estatuto Administrativo—Ley N°18.834—, en virtud del cual, empleado “Es 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”. Es decir, aquel sujeto que ejerce sus funciones en Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función pública. “De este modo, podemos concluir que la expresión cargo público se configura de modo formal, en atención a la vinculación orgánica en la Administración Pública (...)”.¹⁴

¹¹ RODRÍGUEZ Y OSSANDON (2015), p. 123.

¹² PIERRY (2002), p. 398.

¹³ OSSANDON (2012), p. 52.

¹⁴ OSSANDON (2012), p. 59.

Este concepto de cargo público incluye a los funcionarios de planta y de contrata, regulando el Estatuto Administrativo, ley N°18.834, la carrera funcionaria, las obligaciones, derechos y responsabilidades. El artículo 3° letra b) señala la planta de personal como “el conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución, que se conformará de acuerdo con lo establecido en el artículo 5°”.

Esta disposición, al referirse a la carrera funcionaria, señala que las plantas de personal estarán compuestas por las de directivos, de profesionales, de técnicos, de administrativos y de auxiliares. Luego, el ya citado artículo 3° en su letra c), define el empleo a contrata como aquel de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución. Por su parte, el artículo 10 refiere que “los empleos a contrata durarán, como máximo, sólo hasta el 31 de diciembre de cada año y los empleados que los sirvan expirarán en sus funciones en esa fecha, por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido propuesta la prórroga con treinta días de anticipación a lo menos.”

Una situación particular ocurre con los prestadores de servicios a honorarios en los órganos de la Administración del Estado. El inciso final artículo 11 del Estatuto Administrativo señala que “Las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto”. Esta disposición, como se colige de su lectura, determina que los prestadores a honorarios no son considerados funcionarios públicos y solo tienen los derechos y obligaciones pactadas en los convenios suscritos para su contratación. Señala Jaime Arancibia que “No revisten el carácter de funcionarios públicos dado que no ejercen una función de línea en la institución contratante. Este criterio rige sin perjuicio de su sujeción a las normas de probidad administrativa, y a la responsabilidad derivada de la rendición de cuentas a que pudieren encontrarse afectos en conformidad al artículo 85 y siguientes de la Ley N°10.336, Orgánica de Contraloría General de la República.”¹⁵

Respecto a la contratación de personal a honorarios autorizada por la ley, existe una modalidad aún más especial, el agente público. Esta fórmula de contratación se relaciona con la responsabilidad administrativa a que están sujetas las personales contratadas a honorarios por la Administración del Estado, a quienes “no les resulta aplicable en su integridad el

¹⁵ ARANCIBIA (2009), p. 970.

Estatuto Administrativo, estando sometidos, en relación con sus derechos y obligaciones, al respectivo contrato a honorarios”¹⁶.

La jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha resuelto que los agentes públicos deben ser considerados funcionarios públicos a efectos de que pueda hacerse efectiva la responsabilidad administrativa propia de un funcionario público, pero no implica que tengan la condición jurídica de tal, pues su vínculo con el Estado no se rige por el Estatuto Administrativo¹⁷. En efecto, al contratado a honorarios se le otorga la calidad de agente público por la tarea compleja o relevante que desempeña para ser sujeto de responsabilidad administrativa en términos similares a un funcionario público de planta o contrata, pero haciendo la diferencia explícita de que no se otorga la calidad de funcionario público.

En el Dictamen N° 67.617 de 2010, la Contraloría señala que el otorgar la calidad de agente público a un prestador a honorarios, por el cual hacer efectiva la responsabilidad administrativa, debe ser autorizada por el ordenamiento jurídico, pues solo una norma de rango legal puede hacer excepción al inciso 3° del artículo 11 del Estatuto Administrativo y permitir que se les aplique, respecto a la responsabilidad administrativa, este cuerpo legal.

En definitiva, a pesar de establecer que se puede aplicar la responsabilidad administrativa según la ley 18.834 al prestador a honorarios calificado como agente público, no implica que pueda ser considerado funcionario público.

2.2. Empleado público en el código penal

El artículo 260 del Código Penal establece que “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 del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

El concepto expuesto es la conclusión a una extensa discusión doctrinaria, jurisprudencial y legislativa. El profesor Jaime Arancibia Mattar indica que el origen de este

¹⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen N°067617. 12-11-2010

¹⁷ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Aplica Dictamen N° 14.138, de 29-03-2006.

concepto lo encontramos en el Código penal español de 1850 en su artículo 331; “Para los efectos de este título se reputa empleado todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado”¹⁸.

El autor Joaquín Francisco Pacheco en su obra “Código Penal Español, Concordado y comentado”, al referirse al concepto de empleado público utilizado en la norma expuesta señala que; “3. Llámase comúnmente empleado á los funcionarios del orden civil que deben su nombramiento al Gobierno, y que se destinan á servir bajo sus órdenes en la administración de las cosas públicas. (...)”¹⁹.

Este artículo 331 se encuentra inserto en el título octavo, “De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de su cargo”, por lo que el concepto de empleado debe entenderse en un sentido aún más amplio; “Todo el que ejerce funciones, todo el que desempeña un cargo público en la sociedad, entra ó puede entrar aquí dentro de aquella esfera. El alcalde de elección popular, el escribano que ha heredado su oficio, el cura que obtuvo por oposición su curato, á todos estos, y á cuantos otros casos análogos se imaginen, puede alcanzar la ley en sus respectivas disposiciones. La expresión empleado quiere decir persona pública, persona que tiene un carácter en la sociedad, dirigido á su ordenacion, segun la ley (sic)”²⁰.

El autor deja en claro lo amplio de la concepción de empleado público en aquella época, considerando que lo principal es que ejerce funciones o desempeña un cargo público, por lo que se puede incluir a todo el que según la ley pueda ejercer una función pública.

Esta idea fue transcrita casi en forma íntegra en nuestro Código penal de 1874, disponiendo que se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo público, aunque no sea de nombramiento del Jefe de la República, ni reciba sueldo del Estado.

Como señala Arancibia, cargo público comprendía el ejercicio de cualquier tarea de utilidad o interés social, estatal y no estatal, refiriendo la discusión legislativa del Código penal que incluso los sacerdotes eran empleados públicos por cuanto desempeñaban funciones públicas, en la medida que realizaran actuaciones de fe pública.²¹

¹⁸ ARANCIBIA (2009), p. 962, Nota 1.

¹⁹ PACHECO (1111), p. 395.

²⁰ PACHECO (1111), p. 395.

²¹ ARANCIBIA (2009), p. 962.

Esta concepción originaria fue adquiriendo un tenor y contenido estatal, se extendió a instituciones no fiscales y se limitó exclusivamente a empleados de planta o a contrata del personal administrativo²². De esta forma, la función pública pasó a identificarse netamente al desempeño por instituciones estatales dejando al margen a funciones o actividades no vinculadas al Estado.

Rodríguez y Ossandón, por su parte, señalan que la norma proviene del Código Penal español de 1870, que en su artículo 416 establece que “para los efectos de este título y de los anteriores del presente Libro se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección popular o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas”. Los autores agregan que con el surgimiento de instituciones públicas denominadas semifiscales y de administración autónoma y producto de las dudas jurisprudenciales respecto a la calidad de funcionario público de alcaldes y regidores, la ley 13.211 de 1958, en su artículo 14, modificó el artículo 260 del Código penal, intercalando a continuación de la palabra “público”, la frase “semifiscal, de administración autónoma y municipal”.

Posteriormente, en el año 1962, mediante el proyecto de ley para reorganizar el Servicio de Impuestos Internos, Tesorería, Aduanas y el Consejo de Defensa del Estado, se encomendó a los profesores Eduardo Novoa Monreal y Enrique Silva Cimma redactar enmiendas a las leyes orgánicas de dichos servicios y reemplazar el artículo 260 del Código penal, lo que dio como resultado la actual redacción del artículo. “La modificación asimila los conceptos de cargo y función, incorporando expresamente la expresión “función pública” al concepto de empleado público”. Enseguida, la reforma amplía la noción de empleado público a aquellos que se desempeñen “en los organismos creados por el Estado o dependientes de él”²³. Concluyen los autores Rodríguez y Ossandón, que la modificación trató de eliminar las vacilaciones jurisprudenciales respecto al alcance de la anterior norma y enfatizar el carácter amplio del concepto de funcionario público.

Como se ha expuesto, el artículo 260 del Código penal asimila la definición de cargo y función pública. El profesor Arancibia precisa que la expresión cargo público adquiere un significado específico en el ámbito administrativo que ilumina al juez penal en razón de

²² ARANCIBIA (2009, p. 963.

²³ RODRÍGUEZ Y OSSANDON (2015), p. 122.

criterios de interpretación técnico y sistemático y que la definición del Estatuto Administrativo ya no permitía entender la expresión cargo público del artículo 260 en su sentido natural y obvio, sino que debe aplicarse su significado legal, empleos de planta o a contrata en la Administración del Estado. Por ello, era necesario que fuera reformado; “un término amplio que aludiera a otros servidores públicos que no revisten dicho carácter, empero les resulta aplicable el precepto en atención a su participación en la función administrativa y al bien jurídico protegido penalmente: el recto funcionamiento de la administración pública”²⁴.

Arancibia concluye que la relación entre cargo y función pública en el ámbito penal pasa a ser de especie a género, determinando entonces que los cargos son un tipo de función administrativa desempeñada por el empleado de planta o a contrata. Entonces, todo el que desempeñe un cargo público es funcionario, pero no todo funcionario ejerce cargos públicos o es empleado en sentido estricto.

Es claro entonces que el concepto penal de funcionario público es más amplio que el concepto administrativo, incluyendo la acepción penal a funcionarios que no ejercen necesariamente un cargo público según la definición del Estatuto Administrativo. “Esta mayor amplitud conceptual se explica por la necesidad de extender la protección del bien jurídico público a todas las situaciones en que podría verse afectado, con prescindencia de la naturaleza jurídica del vínculo que une al funcionario con el Estado”²⁵.

En el mismo sentido expuesto por Pierry, la diferenciación que se realiza en materia administrativa entre empleados y funcionarios tampoco es cierta y relevante en materia penal, que considera ambos conceptos equivalentes.

La autora María Magdalena Ossandón explica que el concepto penal de funcionario público es una noción autónoma y propia porque al legislador penal no le interesa la calificación jurídica de su labor o responsabilidad en la Administración, sino lo relevante es su participación en el funcionamiento de la Administración, en un servicio público y que su conducta puede afectar el bien jurídico que se busca proteger²⁶. Nuevamente, lo importante es la actividad que cumple el personero en un órgano del Estado.

²⁴ ARANCIBIA (2009), p. 965.

²⁵ ARANCIBIA (2009), p. 968.

²⁶ OSSANDON (2012), p. 51.

El profesor Alfredo Etcheberry señala que “afortunadamente la última reforma del art. 260 ha introducido expresamente la noción de “función pública”, que mantiene el concepto funcional de “empleado público”. Para el derecho penal, puede decirse que la función crea al empleado y no a la inversa”.²⁷

Por su parte, Jean Pierre Matus y Cecilia Ramírez señalan que en la redacción actual del artículo 260 del Código penal “Se establece así un concepto funcional de empleado público, que abarca una infinidad de situaciones no cubiertas por la estricta regulación del Estatuto Administrativo”²⁸. Ahora bien, los autores reconocen la amplitud que se le da al concepto, especialmente respecto a la actividad empresarial del Estado y la jurisprudencia considera como parte de la función pública en algunas sentencias, pero también con sentencias en sentido contrario²⁹.

De la referencia doctrinal a la norma y concepto en cuestión, queda de manifiesta la idea conteste de la amplitud con que se considera al empleado público en el ámbito penal, más allá de una definición estatutaria, siendo lo relevante la función pública que desempeña independiente del tipo de órgano estatal en que se desarrolle, la jerarquía del órgano o la forma en que se convierta en un funcionario público y que su intervención pueda afectar el bien jurídico protegido. Esta conceptualización es atingente entonces con un criterio teleológico o funcional.

Sin embargo, su definición amplia y funcional genera problemas en cuanto a fijar sus límites. Hasta qué punto se puede considerar al autor de un delito como empleado público o que ha atentado contra la función pública y el bien jurídico protegido. En este sentido, “el concepto de empleado público del Código penal se refiere, precisamente, a los que desempeñen una función pública en organismos dependientes del Estado, fórmula que permite ampliar su campo de aplicación, pero difumina los contornos del concepto”.³⁰

Así, se puede indicar cómo el artículo 238 del Código penal, referente a la malversación de caudales públicos extiende la punición a otros individuos que se encarguen, por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia, aplicando la definición penal de

²⁷ ETCHEBERRY (2001), p. 205.

²⁸ MATUS Y RAMÍREZ (2018), p. 455.

²⁹ MATUS Y RAMÍREZ (2018), p. 456

³⁰ Sentencia ICA de Puerto Montt de 30 de mayo de 2011. EN OSSANDON (2012), p. 58.

funcionario público a quienes no detentan esa calidad, pero en virtud de su posición pueden vulnerar bienes jurídicos como el patrimonio público.

El crecimiento del Estado mediante instituciones privadas, ante la conceptualización doctrinaria de la “huida del derecho administrativo”, el derecho penal amplía su esfera de definición con el fin de abarcar todas las posibles infracciones al bien jurídico de la recta administración pública. En conclusión, para efectos de persecución penal, se debe considerar empleado público a todo quien desempeñe un cargo público en un órgano del Estado. Así también, quien independiente de su forma de vinculación con el Estado, realice actividades que busquen la satisfacción de necesidades materiales de interés general.

2.3. El funcionario público en el derecho internacional.

El derecho internacional nos entrega un margen más completo para determinar a un empleado público. Es así que la Convención Interamericana contra la Corrupción³¹, estipula en su artículo 1º que “Para los fines de la presente Convención, se entiende por; “Funcionario público”, "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”. Se aprecia el carácter funcional de esta norma al señalar que deben desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado. Así también, se refiere expresamente que esta definición aplica a todos sus niveles jerárquicos y en forma independiente de como obtuvieron el empleo público.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción³²; señala en el artículo 2º que por funcionario público se entenderá: “i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un

³¹ Suscrita en Caracas, Venezuela, el 29 de Marzo de 1996. Promulgada como ley de la República mediante Decreto Supremo N° 1879 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 29 de octubre de 1998. Publicada el 02 de febrero de 1998.

³² Adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003. Promulgada como ley de la República mediante Decreto N° 375 del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 23 de noviembre de 2006, publicada el 30 de enero de 2007.

organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”.

Esta norma es más extensa y específica en su definición de empleado público, indicando distintas formas o hipótesis para calificar a un funcionario. Finaliza incluso generalizando a todo personero que según la legislación interna sean considerados funcionarios públicos.

Las normas internacionales expuestas entregan definiciones más completas y extensas de qué se debe entender por funcionarios público, posiblemente para que las distintas legislaciones de los estados parte pueden generalizar, estandarizar sus conceptos conforme los fines propios que persiguen tanto la Convención Interamericana como de Naciones Unidas en materia de corrupción. De esta forma, se intenta uniformar lo que entienden los estados por funcionario público y como participan en el delito de corrupción.

Aunque ambos instrumentos internacionales definen lo que entienden por empleado público, igualmente utilizan un criterio teleológico para su calificación, en donde lo relevante es que cumplan una función considerada como pública. Es más, la Convención de Naciones Unidas para la corrupción define al funcionario público extranjero³³ y a un funcionario de una organización internacional pública³⁴. Ambos conceptos son amplios, en donde lo determinante es la función que cumplen para el organismo o en representación de éste, independiente de ser funcionario por nombramiento o elección. En definitiva, lo importante es la función que cumpla el funcionario en representación de su Estado en el extranjero o en representación de una organización pública internacional.

³³ b) Por "funcionario público extranjero" se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública.

³⁴ c) Por "funcionario de una organización internacional pública" se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre.

3. JURISPRUDENCIA EN MATERIA PENAL DEL CONCEPTO DE EMPLEADO PÚBLICO.

En este capítulo, se revisarán algunos fallos de reciente data en tribunales penales y superiores respecto a la determinación de empleado público en casos concretos, con el objeto de verificar si las sentencias coinciden con la opinión doctrinaria mayoritaria del sentido amplio y funcional del concepto.

3.1. Sentencia Rol N° 991-2013. I.C.A. de Temuco. 15 de noviembre de 2013.

Señala la sentencia que el concepto de empleado público del Código penal en el artículo 260 es diverso al de funcionario público, que dice relación con una categoría específica de agentes públicos. Luego indica en el considerando 7° que, “si bien esa disposición fue establecida para determinados tipos penales tipificados en el Código Penal, a falta de otra definición corresponde aplicarla como norma de carácter general para todos los delitos cometidos por personas que actúan en ejercicio de un cargo o de una función pública, en la lógica de un concepto funcional y no orgánico de empleado que entiende como tal a quien cumple una función o cargo público, con prescindencia de la naturaleza del vínculo que lo ligue con el organismo en el que se desempeña, pudiendo incluso no recibir sueldo del Estado.”

3.2. Sentencia Rol Corte N° 2227-2013. I.C.A. de Santiago. 02 de diciembre de 2014.

En la presente sentencia, al funcionario público de CORFO según el art. 260 del CP, se le aplicó el agravante del art. 12 n° 8 del CP. Señala el fallo; “Trigésimo primero.- Que con motivo de la comisión del ilícito y siendo Adrián, funcionario de planta de CORFO, organismo de Administración Autónoma del Estado en la época en que ocurrieron los hechos investigados, atendido lo que señala el artículo 260 del Código Penal, se configura a su respecto la circunstancia agravante del N° 8 del artículo 12 del Código Penal ya que en el ejercicio de sus funciones, desplegaba una función pública que le imponía como obligación velar por los intereses del Estado”.

3.3. Sentencia Rol 1396-2015. I.C.A. de Temuco, 27 de enero de 2016.

En este fallo, la Corte de Temuco reafirma la concepción de empleado público remitiendo a una definición funcional conforme hemos expuesto en el trabajo y a la Convención Interamericana contra la Corrupción que también hemos utilizado. Es así que en el considerando segundo se indica que “es el ejercicio de actividades públicas, y no la calidad jurídica asociada al tipo de cargo público que se mantiene, el título habilitante para ser considerado como empleado público en materia penal. Es un concepto claramente funcional antes que formal u orgánico. El Código penal considera, de esta forma, como empleado público a quien desempeña una función pública, siendo su concepto similar al de la Convención Interamericana contra la Corrupción del Funcionario público”, "Oficial Gubernamental" o "S. público", al cual define como cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.

El fallo se refiere igualmente a la sentencia de la Corte Suprema de 19 de mayo de 2008, rol 2.321-07 que “precisó que el concepto de “empleado público”, contenido en el artículo 260 del Código penal, posee dos elementos constitutivos principales: a) que debe ejercer un “cargo o función pública” y b) que dicha tarea debe servirse en un “organismo creado por el Estado o dependiente de él”, sea o no de elección popular. Para los fines del Código penal, es empleado público no sólo quien ocupa un cargo creado por ley en la estructura de un servicio, sea de planta o a contrata, permanente o transitorio, sino también quien ejerce una “función pública”.

De esta forma analiza que no solo se debe considerar para efectos penales a quien formalmente tiene calidad de funcionario por ser de planta o a contrata, regido por el Código del Trabajo o cualquier régimen estatutario de la administración o de cualquier naturaleza, realice actos que puedan entenderse de carácter público cualquiera sea el carácter del órgano para el que presten esas funciones o la naturaleza jurídica de su vínculo con el Estado.

Importante es que el fallo, reiterando lo ya resuelto por la Corte Suprema, señala que los delitos ministeriales los pueden cometer no solo quienes ocupan un cargo público sino también quienes cumplen una función pública en un órgano del Estado, ya sea función pública legislativa, administrativa y judicial, siendo irrelevante que el empleado ocupe o no un cargo público, o que lo sirva a honorarios o, incluso, “ad honoren”.

Finaliza el fallo citando a los profesores Vivian Bullemore y John Mackinnon que indican que en aquellas otras disposiciones distintas al Título V del Libro II del Código Penal, en que el delito sea cometido por un funcionario público, el concepto debe ser determinado conforme a esta normativa y no por el Estatuto Administrativo, que tiene un concepto mucho más restringido y con un fin diverso al que busca el ordenamiento penal.

3.4. Sentencia Rol N° 25.378-2.014. Corte Suprema. 28 de junio de 2016.

En el caso MOP-GATE, se discutió la alegación de parte de los acusados sobre si les era aplicable el delito de fraude al Fisco teniendo la calidad de agente público contratado a honorarios por el Ministerio de Obras Públicas, en relación a la definición del artículo 260 del Código penal. Reconoce la Corte la existencia de una discusión doctrinaria sobre el concepto en cuestión, señalando que zanjó la cuestión con opinión inclusiva a través de la sentencia, de 19 de mayo de 2008, en los autos rol N° 2.321-07, rol de primera instancia N° 15.260-L-IV del 17° Juzgado del Crimen de Santiago. Los autores afirmaron que eran agentes públicos remunerados a base de honorarios y por lo tanto, no concurría la condición objetiva de punibilidad respecto de un delito que solo podía cometerse por un empleado público. En el considerando octavo, la Corte “luego de analizar el sentido literal del artículo 260 llega a la conclusión, fuera de dudas, que esta norma es aplicable a dicho caso, habida consideración que el delito de fraude que se imputa a los acusados de esa causa, en su respectiva condición de funcionarios del Estado se encuentra tipificado en el artículo 239 del Código Penal del que se trata en el párrafo 6° del Título V de su Libro II. Agregando en seguida, que esos hechos para el caso ejercieron una función pública en un cargo servido en un organismo creado por el Estado o dependiente de él, sea o no de elección popular” Establece la sentencia la concurrencia del requisito del artículo 239, al decidir que el autor, aun cuando en calidad de agente público a honorarios, actuó en calidad de empleado público por cumplir precisamente una función pública para un órgano del Estado.

3.5. Sentencia Rol N° 44.547-17 de Corte Suprema. 7 de febrero de 2018.

En el fallo de primera instancia, se consignó que, para efectos de la calificación del sujeto activo, se entiende en términos amplios que se trata de un sujeto que interviene en el funcionamiento de la Administración, dependiendo de él la corrección de un servicio público,

por lo que, penalmente, funcionario y empleado público son sinónimos, no así en sede administrativa, en la cual se estima que el funcionario público goza de cierta autoridad o autonomía de determinación, no así el empleado público que es un subordinado al funcionario y solo realiza tareas de ejecución. En el fallo se recoge prueba testimonial que determina que el acusado era el Jefe del Departamento Jurídico, condición de la cual fluye que para desempeñar tal cargo debía ser considerado un funcionario público.

Afirma que penalmente el acusado era un funcionario público, lo que resulta indiscutible frente al amplio concepto proporcionado por el artículo 260, que rige sin contrapeso en los delitos agraviantes de los bienes jurídicos protegidos a través de los títulos del Código penal. La prueba permitió determinar que ejercía como jefe jurídico, lo que no se ve alterado por su situación contractual, dados los términos del artículo 260, en relación con la función pública desempeñada, en vinculación con la cual se acreditaron en el juicio hechos ilícitos cometidos precisamente con ocasión del desempeño funcionario.

3.6. Sentencia Excma. Corte Suprema. Rol N° 13.123-2018. 24 de octubre de 2018.

La sentencia en el considerando décimo cuarto se refiere al condenado en su calidad de funcionario público, señalando “Que de lo transcrito se desprenden que el acusado (...) fue sancionado justamente en razón del cargo que detentaba y las obligaciones que de dicha condición emanaban.

En efecto, dada la calidad de Secretario Relator de un Tribunal Electoral tenía el atributo de funcionario público; y en esa condición detentaba la administración del Tribunal, facultad y cargo que no le habilitaba, como es de toda lógica, para disponer arbitrariamente y sin justificación de los dineros que la Administración del Estado le otorgaba para el funcionamiento del tribunal, razón por la cual es justamente penado”.

3.7. Sentencia TOP de Antofagasta. RIT 147-2020. 18 de enero de 2021.

En la sentencia de la ex Alcaldesa de Antofagasta, Karen Rojo, el acto defraudatorio fue realizado en su calidad de Alcaldesa y Presidenta del Directorio de la Corporación Municipal de Desarrollo Social, enmarcándose el cargo de Alcaldesa dentro de aquellos contemplados en el artículo 260 del Código penal aplicable a todos los delitos contemplados en el Título V del Libro II del Código, dentro de los cuales se encuentra el fraude al Fisco.

Luego, la calidad de Presidenta del Directorio de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta se relaciona con el artículo 12° del Decreto con Fuerza de Ley N° 13.063 de 1980, que autoriza a los municipios a constituir corporaciones sin fines de lucro para la administración y operación de determinados servicios públicos traspasados a las municipalidades mediante el Decreto Ley Nro. 3.063 del mismo año, correspondientes en este caso a los servicios de educación y salud; y que establece también la correspondencia entre el cargo de Alcalde de la comuna y de Presidente de la Corporación respectiva. Ejerciendo el cargo de Presidenta de la CMDS únicamente en razón del cargo público de elección popular de Alcaldesa, todas las decisiones adoptadas que digan relación con la primera de las funciones se encuentran ligadas a la naturaleza pública de su cargo principal.

3.8. Sentencia Rol Corte N° 21-2022. I.C.A. Coyhaique. 05 de marzo de 2022.

El acusado prestaba servicios para la empresa eléctrica municipal y el tribunal del grado determina su calidad de funcionario público, lo que es compartido por la Corte de Coyhaique, quien utiliza la definición de empleado público de la Convención Interamericana contra la corrupción, concluyendo que es concepto amplio de función pública. “VIGÉSIMO QUINTO: Que, esta Corte comparte el razonamiento del Tribunal, en orden a tener por establecido la calidad de funcionario público según los antecedentes previamente expuestos, al haber acreditado que Melian prestó servicios para la planta eléctrica, y recibió pagos reputándose como funcionario público, no teniendo relación alguna la aplicación del principio de comunicabilidad planteada por la defensa, toda vez que no fue aquel el razonamiento del a quo para determinar la calidad de funcionario público, sino su relación laboral más allá de lo formal con la Municipalidad de Las Guaitecas y la empresa eléctrica municipal”.

En el considerando 26° se remite a la definición de función pública del ya mencionado art. 1° de la Convención Interamericana contra la Corrupción, coligiendo que es un concepto amplio para efectos de combatir la corrupción que socava la legitimidad de las instituciones públicas y atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos; concepto que se aviene con el sentido y alcance que ha dado el tribunal a quo al artículo 239 del Código Penal, para establecer que el acusado ostenta la calidad de funcionario público y sujeto activo del delito de fraude al fisco.

3.9. Sentencia TOP de Antofagasta. RIT 243-2022. 17 de septiembre de 2022.

El imputado era prestador de servicios a honorarios para la Delegación Presidencial Regional de Antofagasta. El fallo recurre al artículo 260 del Código Penal, entendiendo por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o sus entidades, en cualquiera de los niveles jerárquicos. Su función era de coordinador del proyecto “Televigilancia móvil en el marco del plan calle segura” financiado con recursos provenientes de la Subsecretaría de la Prevención del Delito y del Gobierno Regional. En los convenios de honorarios se cita las leyes N°18.575, 18.834 y 19.880, todas relativas a la Administración del Estado. No tiene duda el TOP que el imputado es funcionario público para los efectos de la ley N°20.000, habiendo cometido el delito, abusando o aprovechándose de su calidad de tal. (Pag 117).

El fallo igualmente se hace cargo de los argumentos de la defensa del imputado, que negaban la calidad de funcionario público, señalando que todo análisis que recurra a normas administrativa o de jurisprudencia laboral, no le resta fuerza al concepto de “funcionario público” que se debe tener en el ámbito penal. Todo lo anterior, porque el artículo 260 del Código Penal explica que “se reputa” al que “desempeñe un cargo público” y en el caso no está en duda la función pública, sino que solamente el vínculo contractual a título de honorario con la administración pública.

3.10. Sentencia Excma. Corte Suprema. Rol N°122.925-2022. 29 mayo 2023.

En este fallo se discute sobre la comunicabilidad, asunto discutido respecto de los delitos funcionarios, en especial, malversación de caudales públicos y fraude al Fisco. Señala el considerando noveno que “los delitos especiales impropios tienen la característica de que la cualidad personal sólo produce el efecto de agravar el título de la imputación, manteniéndose la punibilidad del comportamiento aún en el evento de no concurrir el factor personal (no parricidio, pero homicidio; no malversación, pero hurto; no fraude al Fisco, pero estafa). En las recientes decisiones de esta Sala Penal, se coincide plenamente con aquellas precisiones doctrinarias, concluyendo que en ausencia de la calidad funcionaria, es aplicable a los extraneus la figura de hurto o estafa común, cuyo sujeto activo es un particular no obligado por deberes para con la administración (SCS Rol N°s 13.823-2014 de 16 de abril de 2015; 29.891-2014 de 8 de octubre de 2015; y, 59.856-2022, de 3 de mayo de 2023)”.

Luego, el fallo añade que estudios con gran profundidad, han abordado el tema de la comunicabilidad o incommunicabilidad en los delitos de malversación de caudales públicos y fraude al Fisco, evidenciando que el artículo 64, inciso 1° del Código penal resuelve negativamente el caso de los extraneus en los delitos de malversación y fraude al Fisco, en el sentido que el vínculo funcionario no se comunica al particular que co-delinque con el empleado público, ya que la calidad funcionaria es de carácter personal y sólo puede afectar a aquel en quien concurre. En virtud de lo razonado, la Corte Suprema acogió el recurso de nulidad al no tener uno de los acusados la calidad de funcionario público, debiendo responder por el delito de hurto y no de malversación de caudales públicos.

3.11. Sentencia ICA La Serena. Rol N°664-2023. 05 de junio de 2023.

La calidad de funcionarios publico requerido por el artículo 260 del CP, resultó establecida ya que desempeñaban un cargo o función pública en una institución creada o dependiente del Estado, por lo que según el artículo 1° de la LOC de Carabineros N°18.961, tiene dependencia directa del Ministerio de Interior y Seguridad Publica.

Agrega la sentencia que Carabineros es un servicio público y como tal un organismo creado por el Estado o dependiente de él para los efectos de lo establecido en el artículo 260 del CP y para los efectos de la definición de empleado público contenida en el artículo 1° de la Convención Interamericana contra la Corrupción, lo que basta para considerarlos hechores en este caso, ya que los acusados tienen la calidad exigida por la ley, toda vez que con su actuar se arrogaron atribuciones que solo su calidad de miembros del servicio le concedían, como ingresar a la unidad policial, tomar las llaves del calabozo y dirigirse al sector de las celdas donde se encontraba la víctima esposada, acciones que son completamente compatibles con sus deberes del cargo, lo que hace concluir que los acusados no solo eran empleados públicos, sino que actuaron como tales.

Esta sentencia es interesante porque estima que para que se configure el delito de apremios ilegítimos, no es impedimento que uno de los condenados se encontrara de “franco”, basta que se trate de un funcionario público, Carabinero en servicio activo, el que se aprovechó de su calidad para cometer los hechos por los cuales se le condenó. Realizaron acciones que son completamente compatibles con los deberes del cargo.

CONCLUSIONES.

Para determinar y entender el concepto de empleado público para el derecho penal conforme el artículo 260 del código del ramo, es necesario conocer su definición en el derecho administrativo y su origen en el código penal español. Así también, es pertinente reflejar que se entiende por función pública, concepto común denominador tanto para la definición administrativa como penal del funcionario público.

Es la función pública, la actividad realizada por los órganos del Estado mediante sus funcionarios para el cumplimiento de sus fines, definidos por la Constitución y las leyes y el bien común de la sociedad. En un primer término, es funcionario público el personero dependiente del órgano estatal que participa de los objetivos de la función pública y apegado al principio de probidad.

En cuanto al concepto de funcionario o empleado público indistintamente desde la órbita administrativa, es posible definirlo desde la perspectiva orgánica como aquel personero que ocupa un cargo público dentro de la Administración del Estado, conforme dispone el artículo 3 del Estatuto Administrativo, los empleos a planta o contrata de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función pública. Es necesario recordar que el Estatuto no considera funcionarios públicos a quienes han sido contratados a honorarios y una situación especial ocurre respecto de los agentes públicos quienes, contratados a honorarios, para efectos de responsabilidad administrativa, la ley autoriza que se les aplique el Estatuto Administrativo. Esto último, sin perjuicio de la interpretación doctrinaria y jurisprudencial actual mayoritaria de los prestadores a honorarios reconocidos en materia laboral como trabajadores de los órganos estatales.

Este concepto administrativo formalista, restringido y que a la luz de la jurisprudencia laboral y de recursos de protección ha sido superado y cada vez menos utilizado para reconocer a un funcionario público, es también claramente insuficiente para la persecución penal que, desde la definición originaria del Código penal español, fue evolucionando por la doctrina y las reformas legales, ampliando su esfera de aplicación para todos aquellos que cumplan una función pública, independiente del tipo de órgano en que se desempeñe, sea o no de nombramiento de la autoridad, remunerada o ad honorem, inclusive si es de elección

popular. Como se expuso, corresponde a una conceptualización funcional, la función pública crea al funcionario público como indicó el profesor Etcheberry.

La definición funcional amplia de empleado público, acogida por la doctrina y jurisprudencia, es necesaria y adecuada para los fines penales. Sin perjuicio que se debe reconocer que su amplitud puede generar discusión y dificultades en casos concretos, principalmente cuando se persiguen delitos funcionariales en sociedades anónimas del Estado o en aquellas empresas creadas o autorizadas por ley de quórum calificado en que el Estado es accionista, mayoritario o único y actúa derechamente como un privado. En este punto es discutible si se cumple una función pública y a su vez, si quienes participan son empleados públicos para fines penales. Sin embargo, fallos de tribunales superiores han considerado como empleado público a gerentes y trabajadores de empresas autónomas del Estado según su ley orgánica, como ocurre con la Empresa de Ferrocarriles del Estado.

Si bien puede existir una mínima apreciación o discusión en la doctrina o principalmente entre los litigantes o defensores penales que intentan que sus defendidos no sean catalogados como funcionarios públicos para la aplicación de los delitos funcionariales, queda de manifiesto que no existe discusión en la jurisprudencia respecto del concepto de empleado público para estos fines, reconociendo el objeto funcionalista y amplio del artículo 260 del Código penal, que claramente debe ser considerado en forma única frente a la definición administrativa si el objeto es la persecución penal, en forma totalmente independiente del vínculo contractual, de la naturaleza jurídica de la contratación del individuo por el Estado, si es de elección popular o nombramiento, siendo lo único relevante la función pública que cumple.

Al respecto, es determinante el fallo de la Corte Suprema Rol 2321-2007 de 19 de mayo de 2008, que, como se indicó previamente, sirvió de base para sentencias posteriores al precisar el artículo 260 del código referido al concepto de empleado público. Esta sentencia indicó que la norma posee dos elementos constitutivos principales: a) que debe ejercer un “cargo o función pública”, y b) que dicha tarea debe servirse en un “organismo creado por el Estado o dependiente de él”, sea o no de elección popular. Concluye que, en materia penal, es empleado público no sólo quien ocupa un cargo creado por ley en la estructura de un servicio, sea de planta o a contrata, permanente o transitorio, sino también quien ejerce una “función pública”, ratificando la relevancia del cumplimiento de una función pública,

independiente de la naturaleza jurídica de la contratación o del tipo de organismo estatal en que se desempeñe.

Así también, a pesar de no ser un objetivo de este trabajo, de las sentencias expuestas, se concluye que los delitos funcionarios son del tipo especiales propios, en que es determinante la calidad de empleado público del autor. Esta calificación no es aplicable para el extraneus, el individuo que, no siendo funcionario, participa en la comisión de un delito funcionalista, quien será calificado por un delito común.

Importante resulta ser la normativa internacional revisada que aportan al entendimiento global de que es un funcionario público para fines penales. Ambas normativas amplían aún más el concepto, al nivel de que el artículo 1° de la Convención Interamericana indica que sería cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, sean seleccionados, designados o electos, en todos sus niveles jerárquicos y que desempeñen actividades en nombre o al servicio del Estado.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es aún más extensa, señalando prácticamente todos los posibles escenarios en que pueda desempeñarse o la forma de su vinculación con el ente estatal de un funcionario, demostrando su objeto funcionalista. Incluso, como una definición genérica, señala como funcionario público a todo quien desempeñe una función pública o preste un servicio público según el derecho interno.

Ciertamente la normativa penal nacional se asemeja a la definición de los instrumentos internacionales por lo que es posible concluir que nuestra legislación cumple con el estándar propuesto por estos tratados.

La norma en cuestión, art. 260 del Código penal se debe preferir no solo por su especialidad por sobre la conceptualización del estatuto administrativo o de la legislación laboral, que son específicas y solo aplicables en sus restringidos ámbitos, sino también por su sentido funcionalista que pone el acento en el cumplimiento de una función pública por sobre su forma de contratación o la entidad pública en que participe, buscando proteger el bien jurídico del correcto desempeño de la función pública, de la probidad, la fe pública y también, el patrimonio estatal. Es así, que una discusión doctrinaria sobre el concepto de funcionario público para fines penales parece ser superada, más aún cuando la jurisprudencia ha sido clara y constante. Incluso, en posibles casos dudosos de si corresponde o no aplicar el artículo en cuestión a ciertos participantes, los acusadores y tribunales deberán concurrir a una

interpretación extensa del funcionario público considerando, de ser necesario, la normativa internacional, en especial si se relaciona a delitos de corrupción. Lo relevante será siempre que el inculpado cumpla una función pública en un servicio o ente estatal.

En definitiva, es necesario, pertinente y adecuado el concepto de empleado o público conforme el artículo 260 del Código penal, que cumple con el fin de perseguir a aquellos empleados que se han desviado del principio de probidad, del recto camino de la función pública y buscan satisfacer fines particulares por sobre los intereses generales de la sociedad, que es el objeto de la función pública en un Estado democrático de derecho y que a su vez, cumple con el objetivo propuesto por la normativa internacional en una materia tan relevante en la actualidad como es el delito de corrupción en la Administración de los Estados.

Bibliografía

- ARANCIBIA, Jaime (2009): “Concepto de empleado público administrativo en el artículo 260 del Código Penal”, en: “La primacía de la persona. Estudios en Homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss”, (Santiago, Legal Publishing-Abeledo Perrot), pp. 961-971.-
- BALMACEDA, Gustavo (2013): Los delitos funcionariales en la jurisprudencia (Santiago, Thomson Reuters).
- CAVADA, Juan Pablo (2021): Delitos funcionarios en Chile. Definición, catálogo y últimas modificaciones. Asesoría Técnica Parlamentaria. Biblioteca del Congreso Nacional.
- CHAVEZ, Rodrigo (2021): La Laboralización de la función pública en la jurisprudencia. (Santiago, Actividad Formativa Equivalente para optar al grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile).
- ETCHEBERRY, Alfredo (1998); Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)
- MAÑALICH, Juan Pablo (2012); “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, en: Política criminal. (Vol. 7 n°14), art 4, pp. 357-377.
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia (2018): Manual de derecho penal chileno. 2ª Edición, corregida, reformulada y actualizada (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- OELCKERS, Osvaldo (2000); “Las sociedades de capital mayoritario del Estado. Sus vínculos y diferencias con la Administración del Estado. Su estatuto y control”, en Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, XXI, pp. 61-78.
- OSSANDON, María Magdalena (2012): “Concepto de “empleado público” y problemas de comunicabilidad”, en: Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal, Universidad de Los Andes (n°8), pp. 45-82.
- PACHECO, Joaquín Francisco (1848): “El Código Penal Concordado y comentado”. Tomo II. (Madrid, Imprenta de D. Santiago Sauna).
https://books.google.cl/books?id=c0xIL6zp5ZYC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- PIEERY, Pedro (2002); “Las Transformaciones del Derecho Administrativo en el Siglo XX”, en Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, XXIII, pp. 377-404.

RODRÍGUEZ, Luís y OSSANDON, María Magdalena (2015): Delitos contra la Función Pública (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Legislación.

- Constitución Política de la República de Chile. Decreto 100 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado. Promulgado el 17 de septiembre de 2005.
- Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996. Promulgada como ley de la República mediante Decreto Supremo N° 1879 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 29 de octubre de 1998. Publicada el 02 de febrero de 1998.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción Adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003. Promulgada como ley de la República mediante Decreto N° 375 del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 23 de noviembre de 2006, publicada el 30 de enero de 2007.
- Ley 18.575. Orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- Ley 18.834. Estatuto Administrativo.
- Código Penal de Chile.

Dictámenes Contraloría General de la República.

- Dictamen N°067617. 12-11-2010.
- Dictamen N°14.138, de 29-03- 2006.