Modifica el Código Penal en cuanto a la tipificación y penalidad aplicable al delito de malversación de caudales públicos

Boletín N°11735-07

I. FUNDAMENTOS DEL PROYECTO

A. DE LA PROBIDAD EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

El fiel cumplimiento de la función pública ha sido una preocupación creciente en nuestro país en el último tiempo. Esto en haras de perfeccionar la utilización eficiente y eficaz de los recursos públicos dentro de los márgenes de legalidad establecidos por el ordenamiento jurídico. En este sentido, cumplir funciones públicas de manera proba es imperativo para todo quien las ejerza en las distintos niveles jerárquicos.

La Constitución Política de la República establece el principio de probidad como un eje rector de la responsabilidad administrativa, tanto de los órganos como de los funcionarios. En tal sentido, todo funcionario público debe dar estricto cumplimiento a dicho principio en todas sus actuaciones. Se trata de una deber que exige su cumplimiento sin excepciones y con la finalidad de siempre satisfacer el bien común, por sobre el interés particular.

Como lo señalan GARCÍA y CONTRERAS, los intereses públicos son definidos por la Constitución y por el legislador, y "se concretizan a través de múltiples instrumentos públicos, entre ellos, mediante la ejecución de políticas públicas. Por tanto, en cualquier circunstancia son conocidos por todos o susceptibles de serlo. Sin embargo, los intereses privados o particulares son tan disímiles y reservados que su publicidad es excepcional y cuyo único objeto es cumplir con el ejercicio de las leyes que son una carga pública, como por ejemplo, las tributarias."[1]. Al desconocer los intereses particulares, la ley impone el deber a los funcionarios públicos de exteriorizar y formalizar sus intereses mediante la "declaración de intereses", a fin de determinar los potenciales conflictos concretos que puedan afectar su desempeño en el cargo. Por su parte, se hace necesario determinar el

[1] GARCÍA PINO y CONTRERAS VERDUGO, *Diccionario Constitucional Chileno* (Hueders, 2016), pp. 158.

patrimonio de los funcionarios públicos, a fin de advertir sobre presuntos aumentos o cambios injustificados de los mismos.

Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, la Ley Nº 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, establece como uno de los principios de la organización administrativa al principio de probidad (artículo 3º). Este principio debe entenderse como la observancia de una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el interés particular (Art. 1 Ley Nº 20.880). En pos de estos objetivos, el ordenamiento jurídico ha establecido un conjunto de obligaciones para los funcionarios (por ejemplo: declaraciones de patrimonio e intereses) que funcionan como controles a priori y preventivos.

B. DE LOS DELITOS DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

Como modo de resguardar la probidad administrativa, el ordenamiento jurídico también ha tipificado como delitos determinadas conductas que la afectan. El Título Quinto del Libro Segundo del Código Penal establece un catálogo de delitos cometidos públicos en el desempeño de sus cargos, dentro el cual, en su párrafo V, tipifica un conjunto de conductas bajo la figura de la malversación de caudales públicos. Las figuras que contiene el párrafo aludido son: malversación por apropiación o peculado (artículo 233, modalidad dolosa, y artículo 234, supuesto culposo); malversación por distracción o desfalco (artículo 235); malversación por aplicación pública diferente (artículo 236) y negativa a un pago o entrega (artículo 237).

Estos delitos de malversación constituyen delitos especiales propios, vale decir, sólo pueden ser cometidos por quien exhibe un estatus especial[2], en este caso de funcionario público, concepto definido en el art. 260 del Código Penal como "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

[2] MAÑALICH, Juan Pablo, "*La malversación de caudales públicos y fraude al fisco como delitos especiales*" en *Política Criminal*, vol 7, Nº 14 (Diciembre 2012), pp. 357-377.

de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular."[3]

Esta especial posición en la que se encuentran los funcionarios públicos o todo aquel que tenga a su cargo la custodia y administración de fondos públicos difiere de aquella posición en la que se encuentran las personas en el ámbito privado. En este último, el administrador o inversor de los recursos puestos a su cargo -como es el caso del mandato civil, el mandatario- se hace propietario del dinero que "tiene a su poder por cuenta del mandante"; circunstancia que le permite distraer los fondos entregados a su custodia y emplearlos de la forma que éste estime más conveniente a los intereses de su mandato, sin perjuicio de la obligación de rendir cuenta posteriormente. En cambio, en el ámbito público, y por disposición expresa de la ley, el que tiene a su cargo fondos públicos tiene la obligación de emplearlos de conformidad al uso o aplicación que la ley u otra norma de nivel infralegal le han dado. Dicho de otro modo, en el ámbito privado el mandatario tiene una relativa libertad para invertir los fondos como mejor le parezca acorde a los fines encomendados, mientras que en el ámbito público esa libertad no existe, debiendo el funcionario invertir los fondos tal como lo prescriba la norma, de acuerdo a lo que prescribe el principio de legalidad.

Proceder de manera diferente implica una menoscabo del correcto y normal ejercicio de la función pública, supuesto en el cual se funda la valoración del injusto de estos tipos penales. Tratándose del delito de desviación de fondos, ese menoscabo se expresa en la aplicación de los fondos públicos para la satisfacción de un interés privado, sea propio del mismo funcionario o bien ajeno. En el caso de la aplicación pública diferente, el menoscabo se expresa en la utilización o destinación de fondos públicos para una finalidad pública distinta a aquella previa y presupuestariamente prevista.

[3] RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *La desviación de fondos públicos. Aspectos dogmáticos y político-criminales*, en *Revista de Derecho PUCV*, XXVII (Valparaíso, 2006), pp. 243-265.

C. DE LOS DELITOS DE MALVERSACIÓN POR DISTRACCIÓN O DESFALCO Y MALVERSACIÓN POR APLICACIÓN PÚBLICA DIFERENTE

La malversación por distracción o desfalco consiste en aplicar a usos propios o ajenos, esto es, distraer los fondos, destinados a un fin diferente al que les corresponde y que, en relación el artículo 236, no ha de ser un fin público, sino privado. Hablamos de una aplicación o sustracción transitoria, por cuanto exige, para imponer las penas que se contemplan en el artículo, el reintegro de los fondos. De no tener lugar el reintegro, se aplicarán las penas, más altas, contempladas en el artículo 233 de la malversación por peculado. Este tipo en particular no prevé la posibilidad de una forma omisiva de comisión, por cuanto no es sancionado el acto de consentir en que un tercero aplique los fondos a otros fines.

La malversación por aplicación pública diferente, es descrito por ETCHEVERRY como "un acto de administración por el cual los fondos se inviertan efectivamente en algún objeto al cual deba atenderse con fondos públicos de conformidad a las disposiciones legales y reglamentarias, o al menos un objeto por el cual la causa pública reciba o haya recibido una contraprestación economica equivalente"[4]. En este tipo penal, la aplicación de los fondos públicos no va destinada a fines privados, sino que públicos, pero diferentes a los que por ley, por reglamentos, por decretos o bien por órdenes de superiores jerárquicos, se han establecido previamente. Por ello, la doctrina ha identificado este tipo de malversación como una "inversión indebida".

Más allá de los tipos anteriormente descritos, cabe mencionar algunos casos prácticos en los cuales si bien existe una aplicación pública diferente que no afecta, a priori, el patrimonio público, sí es posible configurar una afectación a derechos de terceros que tienen una especial protección por parte de ordenamiento. Son casos que podríamos denominar como de afectación indirecta del patrimonio público, afectación derivada de un incumplimiento ante tercero de algún tipo de obligación. Tal es el caso del no pago de cotizaciones previsionales de funcionarios públicos a favor de cubrir otro tipo de deudas o

[4] ETCHEVERRY, Alfredo, *Derecho Penal,* IV, 2º ed.(Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998) p. 244.

gastos de mismo órgano de la administración, y respecto de las cuales, luego de que los funcionarios hayan exigido su pago de manera judicial, se deben igualmente pagar debidamente reajustas, con intereses y previo pago de una multa.

Respecto de este supuesto en particular, cabe mencionar que la Ley Nº 17.322 que establece normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social, contempla la imposición de apremios contra el empleador que no consignare las sumas descontadas o que debió descontar de la remuneración de sus reajustes, apremios de arresto hasta por quince días que cesan cuando se consignan dichas sumas adeudadas. A su turno, el artículo 13 del mismo cuerpo legal hace una remisión a las penas establecidas en el artìculo 467 del Código Penal (estafa), que se impondrán en contra de quien en perjuicio del trabajador o de sus derechohabientes, se apropiare o distrajere el dinero proveniente de las cotizaciones que se hubiere descontado de la remuneración del trabajado, en cuya caso las penas se gradúan de acuerdo al monto de lo apropiado o distraído[5].

Un ejemplo de este tipo ha sido el sistemático incumplimiento de la obligación del pago de cotizaciones previsionales de los funcionarios públicos, lo cual ha perjudicado sus beneficios de salud y previsión. Al ver perjudicados sus intereses de previsión, estos funcionarios o empleados se ven forzados a accionar civilmente en contra del servicio, lo que termina siendo a su vez un perjuicio para el patrimonio fiscal o fondos públicos de la misma institución que se ve obligada a pagar o resarcir el perjuicio provocado a sus empleados en el ámbito civil con fondos municipales o del servicio correspondiente, pagando el monto de las cotizaciones, reajustada, con intereses y con la multa correspondiente. Lo pagado en exceso por sobre el monto efectivo de la deuda previsional sí constituye una afectación del patrimonio público del servicio y no está destinado, en ningún supuesto, a satisfacer una necesidad pública. Casos de este tipo aparecen con frecuencia a nivel municipal, donde alcaldes destinan fondos, presupuestariamente establecidos para determinas necesidades y funciones, para otras diferentes. Tal como sería el caso del Alcalde que, en vez de pagar las cotizaciones de funcionarios municipales,

[5] Las penas en este supuesto van desde presidio menor en su grado mínimo a presidio menor en su grado máximo, vale decir, de 61 días a 5 años.

destina esos fondos para cubrir una deuda municipal o bien destinar su uso a otras funciones.

Más allá de esta situación en particular, llama la atención la baja penalidad con la cual el legislador ha castigado ambos delitos. Para ello, el legislador ha recurrido a la existencia o inexistencia de daño o entorpecimiento para el servicio como un criterio auxiliar para la cuantificar el injusto, y por ende, para determinar la penalidad del hecho. Por otra parte, el análisis de los tipos penales descritos, al compararlos con los otras formas de malversación, permite inferir que su tipificación no tiene como bien jurídico protegido el patrimonio público, en cuanto que no ha considerado como esencial para su configuración el hecho de producirse un menoscabo en el patrimonio público, como tampoco que se produzca un menoscabo o entorpecimiento en el normal funcionamiento del servicio público.

La baja penalidad asignada a los delitos de desviación de fondos y de aplicación pública diferente se traduce en sanciones como la suspensión en el cargo o multas, no contemplando una sanción proporcionada con la gravedad de las conductas. Sin embargo, la reiteración de la comisión de este tipo de delitos, ha provocado una repetitiva vulneración de derechos de terceros y el consecuente resarcimiento mediante el pago de abultadas cantidades de dinero que provienen del erario público, configurándose así, una forma de defraudación del patrimonio público por causa de negligencia y mala administración de los mismos por el sujeto.

La baja penalidad genera las siguiente consecuencias negativas:

- En primer lugar, implica que la aplicación de penas efectivas de privación de libertad no sea posible por expresa disposición del Código Penal, que sustrae a estos delitos del ámbito de las sanciones corporales, por considerar que la distracción o aplicación distinta no estaría provocando un perjuicio real o menoscabo al patrimonio público, lo que genera una sensación de impunidad y de desigualdad ante la ley, lo cual evidentemente afecta la imagen de la polítiva y de la justicia, y en definitiva, del Estado de Derecho y de nuestra democracia.

- En segundo lugar, el incumplimiento de ciertas obligaciones contractuales laborales de pago de cotizaciones previsionales, entre otros beneficios, que se provocan al distraer fondos públicos o darle una aplicación pública distinta, genera la necesidad de que estos terceros perjuidicados deban accionar civilmente por su cuenta para resarcir el perjuicio provocado. Culminado dicho proceso, generalmente se imponen multas como sanciones, además de reajustes e intereses, las cuales son igualmente pagadas con fondos públicos del mismo municipio o servicios público infractor.

De estas consecuencias se puede advertir que el legislador, al determinar la baja penalidad, nunca consideró que, derivado del delito, igualmente existiría una afectación al patrimonio público al deber cumplir una sentencia condenatoria que ordene el pago de las cotizaciones adeudadas, más reajustes. intereses y multas.

Al contrario del anterior supuesto, el principal argumento para la baja penalidad de estos delitos descritos se encuentra en el bien jurídico que ambos protegen. Tradicionalmente la doctrina ha señalado que, en todos estos delitos, el bien jurídico protegido corresponde al deber personal de corrección y probidad que pesa sobre todos quienes tienen una especial calidad dentro de la organización jurídico-administrativa del Estado. En este sentido, la ley penal viene a sancionar un incumplimiento de los deberes personales inherentes al cargo cuando producto del mismo deriva una afectación de los derechos o de las legítimas expectativas de la ciudadanía. El resguardo de este bien jurídico se traduce necesariamente en el correcto funcionamiento o servicio de la Administración del Estado a favor de los ciudadanos, no sólo desde un punto de vista orgánico o interno, sino también respecto a la forma que el Estado se relaciona con los particulares.

Desde una mirada más ecléctica, posturas más actuales sostienen que no puede entenderse como bien jurídico protegido el solo deber personal de correción y probidad, cuando el mismo ordenamiento jurídico –fuera del derecho penal- ha establecido mecanismos de control y disciplinarios para los mismos objetivos. Dado esto, se ha entendido que deben agregarse consideraciones patrimoniales relativas a la correcta gestión del patrimonio público para la satisfacción del interés general de la comunidad. Esta consideración encuentra mayor asidero respecto de la figura de malversación por aplicación pública

diferente, en el cual los recursos no salen del patrimonio público para satisfacer interés privados, sino que son destinados a fines públicos de diferente naturaleza a los cuales inicialmente se encontraban adscritos.

Con todo, ante la ineficacia de la actual sanción penal como incentivo para su no comisión de estos delitos, es necesario establecer un tratamiento penal más severo, tanto respecto de las penas como también respecto a eliminar la posibilidad de que la aplicación pública diferente tenga alguna causa de justificación que excluya la antijuridicidad de la conducta.

II. CONTENIDO DEL PROYECTO

Este proyecto de ley tiene por finalidad modificar los artículos 235 y 236 del Código Penal en el siguientes aspectos:

1. Se incorpora, como supuesto de comisión de los delitos señalados, el hecho de que producto de los mismos se produzca daño o perjuicios a terceros, sean funcionarios públicos o terceros ajenos al servicio. Con esta referencia, el tipo cubre situaciones en las cuales los afectados por este delito son personas a quienes no puede hacerse el pago dado que los fondos han sido malversados.
2. Aumentar las penas de los delitos contemplados en los artículos 235 y 236 del Código Penal. Se busca aplicar penas corporales a las consideradas en los referidos artículos, cuando con ocasión de la comisión de esos delitos se provoque daño o entorpecimiento del servicio, o daños o perjuicio a terceros. En ambos casos se incorpora la pena de presidio menor en su grado mínimo, vale decir, una pena que parte desde los 61 a 540 días. Entendiendo que no hay una afectación de magnitud al patrimonio fiscal, las penas que se contemplan son menores a aquellas establecidas en al artículo 233 del mismo Código Penal. Concretamente se propone partir en un mínimo de presidio menor en su grado mínimo cuando de la comisión de los presupuestos de hecho considerados en ambos artículos se provocare un daño o entorpecimiento para el servicio o un daño o perjuicio para terceros que deba ser resarcido con fondos públicos o del servicio respectivo.

3. Eliminar la expresión “arbitrariamente” del artículo 236, pues dicha expresión restringe la aplicación del tipo, dejando fuera conductas de aplicación pública diferente en las cuales el cambio en el destino de los fondos públicos, aun cuando es formalmente antijurídica, viene impuesta o forzada por exigencias de gestión del servicio público o por contingencias económicas, lo cual permitiría siempre esgrimir una causa de justificación de la conducta dañosa.

III. PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO ÚNICO: MODIFÍQUESE EL CÓDIGO PENAL

1.- Reemplázase el artículo 235 por el siguiente:

“*El empleado o funcionario público que, con daño, entorpecimiento del servicio público, o perjuicio a terceros que deba ser resarcido con fondos públicos, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, sufrirá las penas de presidio menor en su grado mínimo y multa del cincuenta por ciento de la cantidad que hubiera sustraído*

No verificado el reintegro, se aplicarán las penas señaladas en el art. 233.

Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño, entorpecimiento del servicio público, o perjuicio a tercero que deba se resarcido con fondos públicos del mismo servicio, la penas serán de suspensión del empleo en su grado máximo y multa del cien por ciento e la cantidad sustraída, sin perjuicio del reintegro”.

2.- Reemplázase el artículo 236 por el siguiente:

“El empleado público que diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo, si de ello resultare daño, entorpecimiento para el servicio, o perjuicio a terceros que deba ser resarcido con fondos públicos. Si no resultare

daño, entorpecimiento o perjuicio a terceros que deba ser resarcido con fondos públicos, será sancionado con la pena de suspensión del empleo en su grado máximo."

XIMENA OSSANDÓN IRRARÁZABAL
H. DIPUTADA DE LA REPÚBLICA