Modifica el Código Penal en materia de malversación de fondos públicos

Boletín N°10128-07

El antecedente más reciente, de la presente moción, es que con fecha 25 de Febrero del presente la prensa nacional, (La Tercera, El Mercurio, etc.), informan que el Ministerio Publico sigue investigaciones contra 18 municipios por el mal uso de las subvenciones escolares, refiriéndose en particular a aquellas provenientes de la denominada ley SEP (subvención escolar preferente) N°20.248 y modificada por la ley N°20.529, llamada de aseguramiento de la calidad.

No obstante, conforme la misma información, el propio Ministerio Publico advierte sobre una grave debilidad de una de las figuras penales aplicables al caso, se trata de aquella establecida en el actual artículo 236 del Código Penal, según el cual en aquellos casos en que un funcionario público "arbitrariamente", (las comillas son nuestras), de a los caudales o efectos que administre una aplicación publica diferente tendrá las siguientes penas según la hipótesis aplicable: 1.- Si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, la de suspensión del empleo en su grado medio, esto es de un año y un día a dos años y, 2.- Si no resultare daño o entorpecimiento en su grado mínimo, esto es de sesenta y un días a un año.

Como se puede observar, desde ya, la conducta penalizada no tiene establecidas penas corporales ni accesorias.

El problema relativo al mal uso de los fondos SEP no son un tema nuevo para este poder del Estado, tanto así que con fecha 23 de Julio de 2014 se aprobó la creación de una comisión investigadora de las irregularidades cometidas con los fondos SEP, a raíz del informe N°9/2012 de la Contraloría General de la República que sirvió como su principal antecedente. Esta comisión aún se encuentra desarrollando su cometido.

No obstante lo anterior, lo que no resiste análisis es que se esté aplicando una norma que, al igual que gran parte del actual Código Penal data de 1874, donde probablemente el estado de desarrollo de las finanzas públicas y las aplicaciones de las mismas tenían fronteras más difusas y por cierto el desarrollo de las ciencias no ameritaban castigar mayormente a quienes, en este caso, hicieren una "aplicación" diferente de los recursos, incluso ello justificaría la expresión "arbitrariamente", admitiendo en consecuencia la posibilidad que dicho desvío no fuere arbitrario, es decir sin justificación racional o prudente. No obstante hoy contamos con

una abundante normativa legal, reglamentaria, conocimientos financieros, contables y de otras áreas del conocimiento que pueden ilustrar con mayor precisión el destino de los fondos que se pongan a disposición. Tampoco resulta aventurado afirmar que, dada la expansión del estado y el crecimiento poblacional y de las necesidades, los recursos de que se trata en cada caso son y serán cada vez más cuantiosos, baste para ello señalar que las irregularidades con los fondos SEP se ubican en una cifra superior a los 25.000 millones de pesos, conforme el informe precitado.

Por otro lado ha sido una tendencia constante en la legislatura el incrementar las penas respecto de diversas conductas, ejemplo de ello son el tratamiento del abigeato, la denominada Ley Emilia, la reciente modificación a la ley de control de armas y un largo etcétera. Sin entrar a discutir si dicha herramienta de política criminal consigue en todos los casos efectos disuasivos, lo que si resulta evidente en este caso es que sanciones tan bajas como las de la disposición a modificar, que incluso podríamos ubicar casi dentro de sanciones administrativas más que penales, no parecen resultar acordes a la gravedad e impacto que este tipo de conductas tienen.

Por cierto, los casos señalados son meramente ejemplares y de gran actualidad, pero claramente las modificaciones propuestas son de aplicación general para todos cuantos deben rendir fondos públicos, en efecto el cuidado y el correcto uso de dichos fondos, que provienen del esfuerzo de todos los chilenos, bien merecen una mejor protección legal.

La reciente aprobación por parte de este Congreso Nacional de la ley que pone fin al lucro, a la selección y al copago en la educación escolar, modifico el DFL N°2 de 1998, agregando un nuevo artículo 3° ter, establece sanciones para el sostenedor que sustraiga o destine a una finalidad diferente de los fines educativos precisamente las subvenciones que reciba, agrega el mismo artículo en su inciso final que, sin perjuicio de las sanciones administrativas " generaran, además, las responsabilidades civiles y penales que el ordenamiento jurídico dispone". De esta forma se zanjo la discusión previa sobre la eventual penalización del lucro en la educación, pero como podemos constatar salvo que se incurra en otras figuras penales de fraude, otros delitos contra la propiedad o de malversación de caudales públicos, la figura residual aplicable será justamente el mencionado artículo 236, haciendo de este modo casi irrisoria la sanción frente al debate que se generó sobre el punto y que traemos a propósito a colación.

Otro problema surge del hecho que el artículo en comento dada su ubicación dentro del párrafo quinto, título V del libro

II del Código Penal, solo alcanza a quienes tengan la calidad de funcionarios públicos; pese a que el articulo 238 hace extensivas las penas, al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia, tal redacción puede resultar restrictiva y no recoger la compleja realidad actual en que hoy el Estado de Chile, vía subvenciones u otro tipo de aportes entrega ingentes recursos a personas naturales o jurídicas, públicas y privadas destinadas a fines específicos, por ende su distracción, por unos u otros, conlleva un disvalor mayor, lo cual es necesario corregir, dejando la redacción del referido artículo 238 en la forma más amplia posible en cuanto al sujeto activo.

Por otro lado, el proyecto propone que se adecue la gradualidad de las penas, en forma de hacerlo coherente con los restantes artículos del párrafo en especial el 233 y 238, equiparando, al menos, estas sanciones a aquellas establecidas para las defraudaciones y estafas cometidas por particulares y en contra de particulares, contenidas en los párrafos 7 y 8 del título IX del libro II, con lo cual, en tanto no se aborde una reforma amplia y sistémica a los llamados delitos funcionarios o al Código Penal en su conjunto, tarea que entendemos de largo aliento y que, por cierto, excede el propósito de la presente moción, se dará una clara señal a la ciudadanía en cuanto al modo de cautelar con más énfasis el interés fiscal.

En lo que respecta a la distinción que hace el articulo 236 sobre, si existe o no daño o entorpecimiento para el servicio o fin para el que fuera asignado, creemos que ello debe ser considerado como una circunstancia atenuante y no como un elemento del tipo base o agravado, dejando la apreciación de si concurre o no esta circunstancia de hecho a los tribunales de justicia. Lo anterior por cuanto la ley no solo debe ser dura sino además justa en el sentido de justipreciar los elementos facticos de comisión del hecho.

Sabemos que la ley penal no puede tener efectos retroactivos, pero nada justificaría que en el futuro próximo, se siga privando de una herramienta eficaz en el castigo de las conductas de que se trata.

PROYECTO DE LEY:

1) **Reemplazase el actual artículo 236 del Código Penal por el siguiente: " El funcionario público que diere a los caudales o fondos públicos, que administre o tenga a su cargo, una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado:**

1° Con presidio menor en su grado mínimo y multa de tres unidades tributarias mensuales si el monto de que

ha dispuesto excede de una unidad tributaria mensual y es menor a cuarenta unidades tributarias mensuales.

2° Con presidio menor en su grado medio y multa de diez unidades tributarias mensuales si el monto del que ha dispuesto excede de cuarenta unidades tributarias y es menor a cuatrocientas unidades tributarias.

3° Con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de quince unidades tributarias mensuales si el monto del que ha dispuesto excede de cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

En todos los casos anteriores se aplicara la pena accesoria de inhabilitación para desempeñar cargos y/o funciones públicas, especiales y temporales por el tiempo que dure la pena.

2) **Agregase un artículo 236 bis nuevo del siguiente tenor: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior la circunstancia de no haberse causado daño o entorpecimiento al servicio o para el objeto en que debían emplearse, podrá ser considerada como atenuante para los efectos de determinación de la pena".**

3) **Reemplazase el inciso primero del artículo 238 por el siguiente: "Las disposiciones de este párrafo serán aplicables a todo aquel que, sin ser funcionario público, recibiere fondos públicos obligado a rendir cuenta de su uso o destino".**

4) **Reemplazase el inciso segundo del artículo 238 por el siguiente: "Se aplicara la regla del inciso anterior cuando el uso, destino o afectación de los recursos o fondos estuvieren establecidos en leyes especiales".**

5) **Modificase el articulo 494 N°19 del Código penal en el sentido de intercalar entre los guarismos "233" y "448" el guarismo: "236".**

Cristina Girardi
H. Diputada Distrito 18