ENSAYO ACERCA DE LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS Y DISTRACCIÓN DE LOS MISMOS

Guillermo Ruiz Pulido*

I. INTRODUCCIÓN¹

I.a. Nos corresponde examinar la malversación de caudales públicos y la distracción de los mismos (artículos 233 y 235 del Código Penal, respectivamente), observar sus similitudes y sus diferencias e intentar esclarecer las dudas propuestas en cierto esquema de trabajo que me fuera proporcionado para estos efectos.

Como es habitual en cualquier trabajo jurídico de esta naturaleza, comenzaremos diciendo que ambas disposiciones legales son contempladas en el título V, párrafo 5º, del aludido Código, denominándose el título, “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”; y el respectivo párrafo “Malversación de caudales públicos”.

I.b. Es costumbre, también, al inicio de nuestros trabajos, remitirnos al bien jurídico protegido por los comportamientos amenazados con sanción penal; y en estos dos casos de “malversación”, como en muchas

* GUILLERMO RUIZ PULIDO. Ex Abogado Consejero y actual Abogado Asesor del Consejo de Defensa del Estado.

¹ El presente trabajo fue publicado, en su versión preliminar, en el Boletín de la Unidad especializada en Delitos Funcionarios y Probidad Pública del Ministerio Público N° 4 (Diciembre, 2006).

otras figuras penales, nunca es sólo uno el interés amparado por la o las disposiciones normativas respectivas.

Se mencionan como bienes jurídicos protegidos por estos artículos, tanto *el funcionamiento regular de la administración del Estado*, como *la probidad administrativa y el patrimonio fiscal* y, generalmente, los tres, confluyen en esa misma dirección.

I.c. Debiéramos entender también, para una mayor claridad de nuestro estudio, que la *tipicidad* no es un concepto propio y exclusivo del Derecho Penal, sino que es una característica común a todos los ordenamientos jurídicos particulares. En el campo penal tiene un mayor realce que en otras disciplinas debido a diferentes principios que regulan una materia tan especial como es ésta, que dice relación con la sanción penal que apunta, generalmente, a una restricción de la libertad. Es la naturaleza de esta sanción la que obliga a ser estricto con la descripción típica. Dada su gravedad, el principio irrestricto de la legalidad y la prohibición de extensión analógica de la tipicidad se hacen indispensables e irrenunciables en el campo penal. Pero nadie podrá negar la existencia de una *tipicidad civil* al conceptuarse, por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento o la hipoteca; o en el *ámbito mercantil*, la letra de cambio, el contrato de seguro o el concepto de comerciante; o en el *ámbito administrativo*, la noción de funcionario público, de organismo autónomo del Estado o de toma de razón. Lo importante es observar desde ya que dentro del *ámbito de lo jurídico* lo normativo descansa en estructuras formales comunes a las distintas y múltiples disciplinas que lo conforman, lo que permite comprender la unidad, dentro de la diversidad, que caracteriza a nuestra ciencia².

Existen ciertas similitudes que pueden encontrarse en el examen y comparación de las figuras contempladas en el ámbito de lo lícito y de lo ilícito; entre el contrato civil, por ejemplo y el delito penal. El primero es un comportamiento permitido por la ley, con escasas limitaciones impuestas a la *voluntad humana* o al *consentimiento de las partes* –unilateralidad o bilateralidad–, que es el motor generador de derechos y obligaciones entre particulares. Podría ser la *cara* de una moneda si así graficáramos el Derecho; y el segundo, *el delito penal*, hecho ilícito, antijurídico, también generador de derechos y obliga-

² Ciencia, a mi juicio, por cuanto es creación de la norma jurídica extraída no sólo de la cultura histórica de los pueblos, sino también de la naturaleza de las cosas; y es, además, interpretación y recta aplicación de la misma.

ciones, pero en este caso entre el Estado y el súbdito. Esta dimensión importaría el *sello* de esa misma moneda, contradictorios ambos, pero de una normatividad jurídica similar e indispensable en la vida social. Por una parte, entonces, el campo abierto y extenso de lo lícito; por la otra, el constreñido archipiélago de comportamientos injustos y aislados, amenazados con un castigo. Allá, en el ámbito patrimonial civil, la ley suple a la voluntad de las partes y permite su interpretación analógica o extensiva; acá, en el campo penal, la tipicidad es insobornable y la interpretación de la ley, por lo mismo, restringida y excepcionalmente progresiva, pero nunca analógica³.

I.d. En los contratos se observan elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales. Del mismo modo ocurre en el delito: aquellas exigencias sin las cuales el título o nombre penal del hecho desaparece, si se elimina su esencia; aquellos otros, que no obstante ostentar la misma esencia, cambian en su naturaleza; y, finalmente, aquel delito que conservando similares esencia y naturaleza, por causas accidentales, varía en su concepción o descripción típica legislativa.

Si observamos el apoderamiento de una cosa ajena para hacerla propia o darle un destino no deseado por su dueño, veremos que tal comportamiento es de la esencia de numerosas figuras penales, al extremo que si tal *apoderamiento intencional* ni siquiera se intenta, el fenómeno escapa por completo del ámbito criminal. Pero si se da, a lo menos tentativamente, el nombre del delito, el título penal, varía según la naturaleza del apoderamiento. Podrá tratarse de un hurto, si hubo clandestinidad; de un robo, si hubo violencia; de una estafa, si hubo engaño; de un daño, si el ánimo fue destruir; de una malversación, si la cosa está a cargo de un funcionario público, etc., de allí que de acuerdo con la esencia del comportamiento y variaciones o accidentes del mismo, se tienda a hablar de un *delito tipo o base*, sin perjuicio de las diferentes *figuras penales* que de él puedan arrancar.

Así, como en el caso dicho el delito base o tipo es el apoderamiento de cosa ajena para hacerla propia o aprovecharla injustamente –y aun en forma transitoria–; y el resto importa simples figuras penales de diferentes naturalezas, así ocurre también –para utilizar el ejemplo propio de la cátedra– con el homicidio: “*matar a otro*”, que es el tipo penal o delito base del cual surgen diferentes figuras penales, *cali-*

³ A lo menos, en el Derecho Penal Clásico, generalmente aceptado por sus estudiosos.

ficadas o privilegiadas, como el denominado parricidio del artículo 390 del Código Penal; o del homicidio calificado, del artículo 391; o el homicidio en riña o pelea, del artículo 392; o el de colaboración al suicidio si se produce la muerte del auxiliado, según el artículo 393; o el infanticidio, contemplado en el artículo 394. Pero es de la esencia penal, *matar a otro*.

Como puede observarse, las diferentes figuras penales relacionadas con la obstrucción criminal de la vida de una persona tienen como base o elemento esencial *la muerte de otro*, aun intentada o asistida con tal propósito, variando solamente la naturaleza de los elementos secundarios para especificar el nombre de la figura, por ejemplo, las relaciones entre víctima y victimario; o bien los elementos accidentales de la tipicidad, como *el modo de matar*, en el caso del homicidio, normalmente llamado “calificado” por su mayor perversidad criminal.

I.e. Debiéramos agregar también y para finalizar esta introducción al tema, que por regla general los delitos tipo pueden serlos meramente *descriptivos*, o bien incorporar en sí mismos elementos *normativos o subjetivos*, por lo que se denomina *anómalos* a estos últimos y normales a los primeros.

Algunos de los principios vistos se dan en la materia que nos preocupa, los que debemos tener en consideración, no sólo para advertir cuáles son los bienes o intereses jurídicos protegidos por la ley y considerados por el legislador para elevar al rango de delitos penales los respectivos comportamientos, sino también para resolver los problemas que serán planteados e intentados dilucidar en este trabajo.

II. TIPOS PENALES

II.a. Citemos las disposiciones a que nos referiremos a continuación y veamos cuánto de común hay en ellas, subrayando aquellos elementos de los cuales participan conjuntamente.

“Art. 233. El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substrajere o consintiere que otro los substraiga, será castigado.

1º Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la substracción excediere de

una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

2º Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3º Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.

En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos”.

“Art. 235. El empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, sufrirá las penas de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa de diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere substraído.

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

Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, las penas serán suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinte y cinco por ciento de la cantidad substraída sin perjuicio del reintegro”.

II.b. Podemos afirmar desde ya, que respecto de ambas figuras penales subyace un delito tipo que contempla como elementos de su esencia, los siguientes:

1. Un sujeto activo con una cualidad especial: la de ser funcionario o agente público, que caracteriza como *normativo* al tipo penal;
2. Este sujeto activo debe tener a su cargo o cuidado—dada la función que desempeña— caudales o efectos públicos o de particulares;
- y
3. Dichos caudales son apartados arbitrariamente de su destino o finalidad, que por regla general se encuentra debidamente normada⁴.

⁴ Excepcionalmente los llamados “gastos reservados” tienen **una función pública** no específicamente detallada.

II.c. El resto de elementos que diferencian una de otras figuras penales son elementos propios de la naturaleza de cada una de ellas y meramente accidentales, por ejemplo, al utilizarse por el legislador las expresiones, “*depósito, consignación o secuestro*”, que carecen de mayor relevancia de acuerdo con la historia del precepto y la uniformidad de nuestra jurisprudencia al interpretarlas.

Despejemos de inmediato estos elementos accidentales para no volver a preocuparnos de ellos. Nuestra jurisprudencia ha resuelto desde hace largos años que las voces a que acabamos de hacer mención no han sido tomadas en su sentido estrictamente jurídico; en cuanto a que el *depósito* deba necesariamente ser el contrato real de depósito a que hace referencia el Código Civil en sus artículos 2211 y siguientes; o que el secuestro sea esa modalidad de *depósito* de la cosa disputada mencionada en los artículos 2249 y siguientes del mismo Código; o que la consignación sea el *depósito* de la cosa que se debe hecho en virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla o de la incertidumbre acerca de la persona de éste, según los artículos 1598 y siguientes del mismo Código. En el fondo, se trata de cualquier *título de mera tenencia* en cuya virtud la reciba o se encuentre a cargo o bajo la custodia del funcionario público, de manera tal que dicha *cosa debe estar permanentemente a disposición de la Administración* y el empleado sujeto a la obligación de proporcionarla, restituirla o devolverla, en el momento en que le sea requerida. El uso de estas expresiones –*depósito, consignación o secuestro*– no aparecía de la disposición de la legislación española considerada para redactar la nuestra; y sólo en la sesión de revisión número 154 de la Comisión, de 13 de junio de 1873, “*el señor Reyes observó que en el artículo 234 (223 del proyecto), aceptado ya en esa sesión, se habla solo de los caudales o efectos públicos puestos a cargo del empleado, i nada se dice de los fondos de particulares que pueden también quedar en la caja pública que dirige, sea por vía de depósito, consignación, etc. Unos y otros deben tener la misma garantía e imponer igual responsabilidad al que los ha recibido en desempeño del puesto público que ejerce. Aceptada esta idea por la Comisión, se acordó modificar el primer inciso del artículo citado, diciendo: “El empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere, etc.”.*”

II.d. Razonemos a continuación acerca del punto central que motiva particularmente al artículo 235 del Código Penal al introducir el ele-

mento “*reintegro*” en la literatura de su figura; y respecto del cual anticipándonos, difícil será encontrar unanimidad de criterios entre los comentaristas acerca del momento y función de tal concepto.

Y lo anterior será complicado si no acudimos previamente a los principios básicos que vimos anteriormente, a lo que debemos agregar la idea de que nuestra exégesis deberá descansar, necesariamente, sobre la base de una figura penal malamente lograda por nuestro legislador: como se ha dicho, a abogados y jueces corresponde sólo interpretar una ley que les ha sido dada por terceros, de manera tal que para hacerlo deberemos acudir a las propias normas de la ley sobre interpretación de sí misma y del sistema al que pertenece el delito en exégesis, los que nos permitirán descubrir la inteligencia del precepto.

A mi juicio nuestro primer deber será el de buscar la armonía dentro del conjunto de normas relativas a una misma materia, evitando la discordancia o falta de correspondencia en que incurrió o pudo incurrir el legislador al describirlas separadamente.

II.e. Mencionados que fueran los elementos de la esencia del tipo penal básico, **funcionario público** y **caudales a su recaudo**, tendremos que concluir en que el elemento del “*reintegro*” pasa a ser una característica secundaria, propia de la *naturaleza de una figura penal* desprendida del delito primario o básico; que conserva los elementos de su esencia, pero que agrega nuevas modalidades o circunstancias que permiten darle autonomía propia y diferenciada de la de aquel.

Pero antes, y previo al estudio del *reintegro*, deberemos preocuparnos de estos dos elementos esenciales de las figuras en examen: el concepto jurídico penal de “**funcionario público**”⁵ y la voz “**caudales o efectos**”, públicos o de particulares, utilizados en la mayoría de las disposiciones del párrafo 5º del Título V del Libro II del Código Penal⁶.

⁵ Como se verá más adelante, actualmente se utiliza la voz “agente público” por ser el género y el “empleado público” clásico, una de sus especies.

⁶ El artículo 235 habla de “empleado”, omitiendo la voz “público”; el artículo 238, si bien tiene un sujeto activo restringido, no necesariamente ha de ser funcionario público. Los artículos 233 y 234 hablan de “caudales o efectos públicos o de particulares”; los artículos 235 y 236 se refieren a “caudales o efectos”; y el artículo 238 habla de “fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia”.

III. FUNCIONARIO PÚBLICO

Funcionario público, etimológicamente, importa el estado particular de una persona que desempeña un trabajo, un cargo o función, vinculado jerárquica o patrimonialmente al Estado o sus organismos. El Diccionario de la Real Academia sólo dice de funcionario: “persona que desempeña un empleo público”, concepto que, como veremos, es absolutamente insuficiente en relación con los preceptos que examinamos. Si acudimos a nuestro derecho positivo en la búsqueda del concepto “funcionario público”, debiéramos intentarlo en la Ley N° 18.834, artículo 3°, cuando señala que “*para los efectos de este Estatuto* el significado legal de los términos que a continuación se indican será el siguiente:

- a) Cargo público:
Es aquel 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.
- b) Planta de personal:
Es el conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución, que se conformará de acuerdo a lo establecido en el artículo 5°.
- c) Empleo a contrata⁷:
Es aquel de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución.

Sin embargo, como en su inicio señala la disposición anterior, el concepto de cargo público, sea en las plantas, a contrata o en las instituciones señaladas en el artículo 1°⁸, dice relación exclusivamente con el Estatuto Administrativo aprobado por la Ley N° 18.834 *para el*

⁷ El inciso final del precepto señala: f) Carrera funcionaria: Es un sistema integral de regulación del empleo público, aplicable al personal titular de planta, fundado en principios jerárquicos, profesionales y técnicos, que garantiza la igualdad de oportunidades para el ingreso, la dignidad de la función pública, la capacitación y el ascenso, la estabilidad en el empleo, y la objetividad en las calificaciones en función del mérito y de la antigüedad”.

⁸ El artículo 1° señala: “Las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo con las excepciones que establece el inciso segundo del artículo 18 de la ley N° 18.575”.

cumplimiento de la función administrativa, de manera tal, que por sí solo deja de coincidir con el concepto penal que nos interesa.

Por otra parte la noción penal de empleado público ha ido ensanchando su concepto administrativo primitivo por medio del artículo 260 del Código Penal, el que en un inicio dijo que *“para los efectos de este título y del párrafo 4º del Título III, se reputa empleado todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de nombramiento del jefe de la República, ni reciba sueldo del Estado”*. Más tarde, en el año 1958 y por medio de la Ley N° 13.211, de 21 de noviembre, su redacción fue la siguiente: *“Para los efectos de este título y del párrafo IV del título tercero, se reputa empleado todo el que desempeña un cargo público, semifiscal, de administración autónoma y municipal, aunque no sea de nombramiento del jefe de la República, ni reciba sueldo del Estado”*. Finalmente, con ocasión de la dictación de la Ley N° 15.078, de 18 de diciembre de 1962, se asumió la actual redacción del artículo 260, señalándose 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 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”*.

Nuestra jurisprudencia ya había señalado que “lo esencial y determinante es la función, que es la que imprime la calidad del empleado”⁹. Y a partir de la actual redacción del artículo 260 ha indicado que *“cargo público es aquel que vincula al empleado a la actividad del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, tendientes a satisfacer necesidades públicas por medio de los respectivos servicios”*¹⁰ (Asimismo, estableció que el Banco del Estado era una empresa del Estado y que sus funcionarios quedan comprendidos en el artículo 260 del Código Penal¹¹. Lo mismo se ha resuelto respecto de los funcio-

⁹ C. Suprema, 5 noviembre 1958. R., t. LXI, 2ª parte, sec. 4ª, p. 187.

¹⁰ Véase Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, Código Penal y Leyes Complementarias, Editorial Jurídica de Chile, p. 131, en que se citan dos fallos de la Corte Suprema en tal sentido.

¹¹ C. de Apelaciones de Santiago, 23 de diciembre de 1961. R. t. LVIII, 2ª parte, sección 4ª, p. 360.

narios del Instituto de Desarrollo Agropecuario¹², y de la Sindicatura Nacional de Quiebras¹³, hoy Superintendencia de Quiebras).

IV. CAUDALES O EFECTOS PÚBLICOS O DE PARTICULARES

En lo que respecta a *caudales o efectos públicos o de particulares* –(concepto a nuestro juicio similar al del artículo 235)– me ha llamado la atención que algunos estudiosos estimen que la voz “caudal”, objeto material sobre el cual puede recaer la acción del funcionario público, represente necesaria y exclusivamente *dinero*, restringiendo a dicho bien la aludida expresión, olvidando tal vez su verdadera significación etimológica.

De acuerdo con el Diccionario, “caudal” es, en su cuarta acepción, “hacienda, bienes de cualquier especie, y más comúnmente, dinero”. Y en otros Diccionarios hispánicos, se dice: en materia de Hacienda, “bienes”; y sus sinónimos, “riqueza, capital, patrimonio, cantidad, fortuna, dinero, etc.”. O, como también se ha dicho, “bien de cualquier especie, *en especial dinero*”¹⁴.

Un ejemplo aclarará perfectamente el concepto de caudal: Recordemos el D.F.L. N° 16, publicado el 25 de abril de 1986, orgánico de la Dirección de Crédito Prendario, institución autónoma del Estado, con personalidad jurídica de Derecho Público y patrimonio propios, “destinada a otorgar préstamos en dinero con garantía de prenda civil o industrial”. Cuenta con un personal que se desempeña en los Almacenes de Venta de la Dirección, con tasadores, liquidadores, personal administrativo, etc. El deudor o empeñante entrega “cosas corporales muebles inanimadas” para responder de la devolución del dinero que recibe en mutuo y de sus intereses y derechos anexos. Esas especies quedan a cargo de los respectivos funcionarios públicos de la entidad y pueden, perfectamente, ser objeto material de las figuras penales de los artículos 233 y 235. Así como éste, podrían darse otros ejemplos de agentes públicos meros tenedores de cosas corporales

¹² C. de Apelaciones de La Serena, sentencia de 21 de septiembre de 1977, R. t. LXXIV, 2ª parte, sección 4ª, p. 335.

¹³ C. Suprema, 18 de diciembre de 1996, Archivo Subdepartamento de Legislación del CDE.

¹⁴ El primer concepto corresponde al Diccionario de la Real Academia; los restantes, a diferentes Diccionarios españoles frecuentemente usados.

muebles inanimadas, cuyos detentadores bien podrían incurrir en alguno de los delitos que nos preocupan.

La voz “*efectos*”, al parecer, no originó dificultad alguna para aceptarla sin discusión por la Comisión Redactora del Código Penal. Al tratarse nuestro actual artículo 233 –artículo 222 primitivo del Proyecto– en la sesión N° 49, de 21 de julio de 1871, nada se dijo acerca de su alcance; como tampoco ocurrió en la sesión N° 152, de revisación, de 10 de junio de 1873, artículo estudiado en tal ocasión con el número actual, 233¹⁵. En sus Comentarios al artículo 318 del Código Penal tenido a la vista, similar a nuestro 233, Pacheco tampoco se inquieta por tal sustantivo¹⁶, debiendo nosotros agregar que sólo en la sesión 154, de 13 de junio de 1873, también de revisación, “*el señor Reyes observó que en el artículo 234 (223 del proyecto), aceptado ya en esa sesión, se habla solo de los caudales o efectos públicos puestos a cargo de empleado, i nada se dice de los fondos de particulares que pueden también quedar en la caja pública que dirige, sea por vía de depósito, consignación, etc. Unos i otros deben tener la misma garantía e imponer igual responsabilidad al que los ha recibido en desempeño del puesto público que ejerce*” [sic]¹⁷.

¿Qué debemos entender por “*efectos*”, en consecuencia? No nos cabe duda alguna en el sentido de que la voz “*caudal*” comprende al dinero y a los bienes muebles corporales inanimados; y que la voz “*efectos*” debe referirse a instrumentos o documentos de significación o contenido pecuniario. El Diccionario, en su quinta acepción, habla de “*documento o valor mercantil, sea nominativo, endosable o al portador*”. Y de “*efectos públicos*”, “*como documentos de crédito emitidos por el Estado, las Municipalidades y otras entidades que han sido reconocidas por el Gobierno como negociables en Bolsa*”. Atendida la innúmera cantidad de entidades públicas y Empresas del Estado o con aportes mayoritarios en su capital accionario, que emiten acciones, bonos, debentures y toda clase de documentos negociables, letras de cambio, pagarés, cheques, vale vistas, no podrían estos instrumentos quedar al

¹⁵ Sólo varió los límites de la cuantía de la multa.

¹⁶ El Código Penal, Concordado y Anotado. Tomo II, p. 505. Joaquín Francisco Pacheco. Sexta Edición. Madrid, Imprenta y Fundición de Manuel Tello, 1888.

¹⁷ El distinguido profesor, investigador, maestro y ex Asesor Jurídico del Comité Penal del Consejo de Defensa del Estado, don Manuel de Rivacoba y Rivacoba, afirma en su obra “Código Penal de la República de Chile”, EDEVAL, Valparaíso, 1974, p. XIX de su Estudio Preliminar, “que los comisionados trabajaban sobre el Código de 1850, pero teniendo a la vista y tomando en consideración la redacción original de 1848”.

margen del amparo que brindan los artículos en actual examen, si se encuentran bajo la custodia de un agente público, provengan o pertenezcan a particulares o de algún modo a las entidades a que acabamos de referirnos.

V. REINTEGRO

V.a. Para que pueda darse un *reintegro* ha debido ser previa una *substracción*. Y es posible notar que dicha voz se utiliza en ambas disposiciones legales, tanto en el artículo 233 como en el artículo 235. En el primero de ellos, en tres ocasiones; y en dos, en el segundo. Si se examina el Diccionario, se dice de *substraer* que es *separar, apartar, restar, robar, hurtar*. Eliminados el robar y hurtar por no venir al caso, la voz *substraer* utilizada en ambas figuras penales habrá de aceptársela en el sentido de separar, apartar o restar, lo que desde el punto de vista semántico conlleva la idea de coger, apoderar una cosa, aprehenderla. Es la *contrectatio* de los romanos, el hecho material de *asirla*.

V.b. Luego, en ambas figuras, tanto en el artículo 233 cuanto en el 235, *el funcionario público* separa, aparta algo del todo que tiene a su cargo o cuidado, por lo que desde un punto de vista exclusivo *de hecho, material, de observación objetiva de su acción*, el funcionario público ejecuta un mismo comportamiento en ambos casos, por lo que no es posible, en ese instante, determinar *la naturaleza de la figura penal* en que está incurriendo, pues en ese momento sólo se reúnen los elementos propios del delito tipo o delito base; no de la figura penal a la cual apunta. En otras palabras, es necesario conocer aún la inteligencia y voluntad del funcionario público para precisar cuál de las dos figuras ha cometido o intentado cometer, si su obrar se hubiese visto frustrado, por ejemplo.

V.c. Es la naturaleza del ánimo, elemento subjetivo del tipo penal, según algunos; dolo específico para otros, el que hace la diferencia entre ambas figuras penales. *El ánimo de hacerla propia, en el primer caso; el ánimo de mero uso en el segundo y la voluntad de restituir lo apoderado una vez aplicado al fin que se propuso el agente al momento de llevar a cabo la substracción.*

V.d. Incurro en la figura de malversación del artículo 233, cuando mi ánimo al apoderarme de la cosa, al igual que en el hurto, es el de apropiarme de ella, es decir, ejercer de hecho todas las facultades que el dominio permite lícitamente a su dueño, como son las de usar, gozar y disponer de ella. En otras palabras, hacerla mía definitivamente.

Incurro, a su vez, en la figura del artículo 235 cuando me apodero de la cosa a mi cargo o custodia con el propósito de usarla, aplicarla a un determinado fin, propio o ajeno, absolutamente independiente y apartado del que me exige la Administración, pero con el ánimo de devolverla o restituirla concluido el uso transitorio que quise darle.

V.e. Y ese ánimo: ¿Cuándo debe concurrir para los efectos de precisar la naturaleza de la figura penal en que estoy incurriendo? Pareciera que ello debiera darse al momento del apoderamiento de la cosa, de su aprehensión, de su asimiento. No debemos olvidar que una figura penal es un contenido normativo enclaustrado en las palabras que lo determinan; y que su exacta interpretación debe llevarse a cabo en forma restringida, cumpliendo no sólo con las reglas de interpretación que ofrecen los artículos 19 a 24 del Código Civil, sino que sujetándose también, a los principios científicos básicos que entrega la doctrina penal en el momento histórico en que habrá de ocurrir la aplicación del castigo. *Las dificultades procesales de la prueba de los hechos, cuales son apoderamiento y ánimo, en estos dos casos en examen, jamás deben interferir en la interpretación exclusivamente sustantiva de la figura penal, pensamiento hermenéutico que los jueces debieran hacer extensivo también a cualquiera sea el delito de que se trate.*

V.f. Un delito puede manifestarse imperfecta o perfectamente en la vida social. Y se encuentra perfecto cuando todas sus características, elementos e incluso resultados, se han producido satisfaciendo íntegramente a la figura penal que lo contempla. Y sólo la consumación del delito, en este último grado de perfeccionamiento, es la que nos permite calificar jurídicamente el hecho sin mayor temor a error o equivocación acerca de su naturaleza. Siendo *el ánimo, el distintivo que debe acompañar a la aprehensión de la cosa*, debemos estimar que su consumación se produce en ese instante, pues en ese momento aparece perfecta la figura en actual comisión. Y es ese el momento en que la figura penal del artículo 235 desplaza a la del artículo 233, primando sobre esta última. ¿Que existen dificultades procesales enormes de tipo probatorio para acreditar el ánimo o intención? Es cierto, pero como

hemos dicho, tales dificultades no pueden alterar la naturaleza del tipo de delito cometido, pues éste debe bastarse a sí mismo sin necesidad de recurrir a conocimientos externos a la ciencia penal o a conveniencias prácticas para conocer su nombre o título¹⁸.

V.g. Siendo la figura penal del artículo 235 la que origina dificultades atendido *el ánimo de restitución* que reclama la norma, en ella deberemos centrarnos a continuación. La primera pregunta que debemos formularnos es: ¿De dónde se desprende este ánimo de restitución, generalmente aceptado por los intérpretes? Pienso que existen dos elementos que conducen a estimar acertada la exigencia de este ánimo o intención. En primer lugar, tanto la voz “*aplicar*”, cuanto la expresión “*usos*” que utiliza la descripción de la figura, pues “*aplicar*”, según el Diccionario, es “*destinar, asignar, adjudicar*”; y como sinónimos de tal forma verbal, se dice, “*emplear, aprovechar, usar, utilizar*”. Y la segunda razón, más fuerte aún, es la hipótesis de “*reintegro*” del inciso segundo, que elimina toda duda acerca del ánimo que acompañó al funcionario público al apartar la cosa de su legítimo destino.

V.h. Es en este momento del reintegro en que surgen dudas acerca de la verdadera función que desempeña dicho fenómeno. Dudas que permanecerán mientras no se produzca una nueva regulación legal de la figura.

El problema lo plantea la posibilidad de que no ocurra ese reintegro; o la oportunidad, temporánea o extemporánea, en que ese reintegro se produce.

Pero razonemos con sentido común. El delito ya está consumado desde el apoderamiento de la cosa con ánimo de devolverla o restituirla; *el delito ya tiene nombre y un artículo en el cual asilarse: el 235*. Supongamos enseguida, que el funcionario público no es advertido de la sustracción por la Administración, sino **hasta después del reintegro y mientras el agente público está en funciones**. En tal caso, además de la sanción administrativa que le corresponda, habrá que examinar penalmente, **si la sustracción causó o no daño o entorpecimiento** al respectivo servicio público. De una u otra circunstancia dependerá la sanción penal que habrá de corresponder al funcionario.

¹⁸ Las reglas sobre la prueba y su apreciación y valoración contenidas en el Código Procesal Penal facilitan, por una parte la estimación del ánimo; y, por otra, exigen una gran acuciosidad del juez para evitar un equívoco.

V.i. Enseguida, no podemos olvidar que *las circunstancias de hecho* que el legislador imprime al núcleo de su descripción para asignar una determinada pena al comportamiento del sujeto, constituyen *el cuerpo del delito o el hecho punible*; y si para desplazar la figura penal del artículo 235 de aquella otra del 233, es necesario el ánimo de reintegrar al momento del apoderamiento, este ánimo *constituye un elemento propio de la naturaleza del delito, se produzca o no el reintegro*. Y si no obstante existir ánimo de reintegrar en un inicio, este reintegro no ocurre, *no podrá cambiar por ello el nombre de la figura penal en que se incurrió, pues su consumación perfeccionó al delito en el momento del apoderamiento de la cosa*: al apartarla o separarla de su finalidad legal o reglamentaria *con ánimo de restituirla. Y lo perfecto, desde el punto de vista de la lógica jurídica, no puede dejar de serlo por un hecho posterior a la consumación de la figura que importó lograr dicho perfeccionamiento*. Simplemente el legislador le impone el deber, la obligación, la exigencia al funcionario de que restituya *de algún modo* lo substraído, amenazándolo con la pena mucho mayor del artículo 233, que aquella otra que tuvo en vista el funcionario al coger la cosa o el caudal que apartó de su normal destino administrativo y que pensó restituir. Será en el momento de la sentencia donde se determinará la cantidad de la pena –circunstancia por completo ajena a la figura penal en que se incurrió–; y donde deberán dejarse sentados como hechos de la causa, si el ánimo del agente al momento del apoderamiento de la cosa fue el de reintegrar lo malversado o no reintegrarlo; y en caso de reintegro, si éste se verificó oportunamente; y determinar así su verdadera naturaleza y alcance penal en cuanto la malversación causó o no daño o entorpecimiento al servicio público afectado.

V.j. Ha originado muchas dificultades la inteligencia de la oración “*sin perjuicio del reintegro*” a que hace referencia el inciso final del artículo 235 al indicar que la sanción pecuniaria de multa, en el caso de que no se haya producido daño o entorpecimiento del servicio público, es justamente “*sin perjuicio del reintegro*”.

Esta frase, fielmente interpretada, es una frase ociosa e inútil, que nada quita o agrega a la figura penal en sí misma. La norma razona sobre la base **de que el reintegro ya se produjo**, pues de no ser así, se aplicarían las penas del artículo 233 y no las de “*suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinticinco por ciento de la cantidad substraída*”, que se contemplan en este inciso. No podríamos tampoco pensar que el legislador pretendió que el reintegro *se declare*

siempre en la sentencia conjuntamente con la multa, pues jamás podría castigarse un reintegro a título penal forzado. Si no hubo reintegro –hipótesis del artículo 233 y del 235 en su caso– para obtenerlo deberá solicitárselo por la vía de una acción civil indemnizatoria de perjuicios, dentro o fuera del proceso penal, sin que pueda ser otorgado de oficio por el respectivo tribunal del crimen.

La Comisión Redactora del Código Penal y, muy particularmente, el Comisionado señor Rengifo, a quien se le solicitó en la sesión 46 de 30 de junio de 1871, “*redactara los tres párrafos indicados con arreglo a las bases acordadas, i formar además un proyecto de redacción para los párrafos restantes de este título, combinando las disposiciones de los Códigos belga i español*”, redactó el precepto que nos interesa sin la frase que nos preocupa y, en la sesión siguiente, la número 47 de 6 de julio de 1871, se dejó constancia que “*leídas por el mismo señor Rengifo las disposiciones del título 5º, cuya redacción se le encomendó en la sesión precedente, fueron aprobados en jeneral los trece párrafos en que se distribuyen, acordándose para éstos el siguiente orden [sic]: Título Quinto. De los delitos cometidos por empleados o funcionarios en el ejercicio de sus cargos... Párrafo VI. Malversación de los caudales públicos*”... Más tarde, con ocasión de la revisión del trabajo efectuado, en la sesión 171 de 10 de octubre de 1873 “*presidida por el señor Reyes i con asistencia de los señores Gandarillas, Ibáñez, Rengifo i el secretario*”, “*al fin del inciso 3º del artículo 236 (hoy 235), se agregó la frase “sin perjuicio del reintegro”, “para que no se considere al reo eximido de tal obligación en este caso, cuando en el art. precedente se ha consignado de un modo expreso”* [sic]. En efecto, en el artículo 235 (hoy 234), relativo a la malversación culposa se ha señalado que, además de la pena, el funcionario queda “obligado a la devolución de la cantidad o efectos substraídos”, efectuado por otro sujeto, “debido a su abandono o negligencia inexcusables”.

En otras palabras me parece que el legislador quiso decirle al funcionario público que substrajo caudales transitoriamente y los reintegró, que no obstante ese reintegro y por no haber causado daño o entorpecimiento al servicio público, le aplicaría sólo una sanción de suspensión de su empleo y una determinada multa.

Innecesariamente pues, a nuestro juicio, se redundó en un mismo error al establecerse una obligación civil de indemnización de perjuicios, primero en el artículo 234 y en seguida en el artículo 235 inciso final, olvidándose que, en lo que al primero respecta, dicha obligación es consecuencia de las reglas generales de la responsabilidad civil extra-

contractual de quien incurre en delito o cuasidelito que cause daños. Además, de ser impropio ese mismo complemento tratándose de una modalidad de distracción de caudales o efectos que no causó daños a la administración, y cuyo fundamento en cuanto a su escasa sanción penal, es justamente *porque ya se produjo el reintegro*.

Siendo penalmente necesario interpretar al artículo 235 en relación con el artículo 233 y encontrar las diferencias que los separan no diviso otra más intensa *que el ánimo que acompaña al apoderamiento*, separación o apartamiento de la cosa de su destino natural. Pienso que en tal *necesidad*, el sentido de la oración de la distinción entre causar daño o entorpecimiento al servicio público o no causarlo, dice relación *con un reintegro ya producido*. Si no se verifica el reintegro, la aludida distinción carece de sentido pues se dejan de aplicar las penas correspondientes al artículo 235 para sancionar de conformidad con el artículo 233.

Por otra parte, si pensamos en los riesgos que va corriendo la cosa a cargo del funcionario en las distintas hipótesis de delitos de malversación, veremos que éste va de mayor a menor. En el artículo 233, el apoderamiento de la cosa es con ánimo de señor y dueño y de conservarla para usarla, gozarla y disponer de ella, al arbitrio del agente. En el artículo 234, *el tercero*, “**el otro**”, efectúa la substracción con el mismo ánimo que tuvo el funcionario público en el artículo 233. En el artículo 235, la cosa corre menos riesgo que en las figuras anteriores, pues existió desde un inicio el ánimo de devolverla; en el artículo 236 la cosa no sufrió riesgos de pérdida, pues el funcionario sólo le dio una aplicación pública diferente y, a lo más, pudo causarse un daño o entorpecimiento al “servicio u objeto en que debían emplearse”; y en el artículo 237, la cosa no sufre riesgo alguno.

V.k. La pregunta es: ¿Cuándo, en qué momento, debe producirse *a más tardar* el reintegro de la cosa o cantidad substraída con dicho ánimo, para evitar sancionar al agente público con las penas propias del artículo 233?

El legislador debió haberlo dicho pero no lo hizo. Creo que la respuesta debe darla el intérprete según su apreciación personal de la figura penal, particularmente del momento en que considera se produjo la consumación del delito; y dado el silencio del legislador en esta materia, el momento del reintegro habrá de encontrarlo, dicho intérprete, en la situación o posición personal del agente público ante la Administración, manteniéndose la armonía interpretativa del con-

junto de disposiciones penales del párrafo 5° del Título V del Libro II del Código Penal. *En otras palabras, hoy, de acuerdo con el Código Procesal Penal, la oportunidad del reintegro permitirá al juez del crimen presumir el ánimo del agente a la época del asimiento de la cosa basándose en los principios de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados* que él posea *per se* o se los entregue el proceso.

En lo que a mí respecta, pienso que el hecho de la substracción con ánimo de reintegro funciona en dos órbitas absolutamente diferenciadas, con consecuencias o efectos también absolutamente distintos en cada caso.

La primera órbita se da en el ámbito administrativo. Con ocasión de su función y ejerciéndola, el funcionario incumple el deber de probidad y de lealtad que tiene para con la Administración y traiciona la confianza que en él se depositó. El artículo 55, letra g) de la Ley N° 18.834, señala que es deber del empleado “observar estrictamente el principio de la probidad administrativa regulado por la Ley N° 18.575 y demás disposiciones especiales”; y el artículo 18 de la Ley N° 18.575, que “el personal de la Administración del Estado estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle. En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento”. Y este último procedimiento al que evitaremos referirnos por innecesario, aparece del artículo 114 de la primera ley citada, al señalar que “el empleado que infringiere sus obligaciones o deberes funcionarios podrá ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida o de medidas disciplinarias. Los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, *la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo*”.

La segunda órbita se da en el campo jurisdiccional, campo que sólo se inicia o abre, según algunos, con lo que se ha denominado comúnmente la “judicialización de la investigación”, que en lo personal me parece incorrecto, pues creo que es *la formalización de la investigación* –precedida por la investigación penal inicial del Ministerio Público– el verdadero momento en que el hecho queda plenamente sometido a control jurisdiccional.

Pienso también, que el reintegro debió haber tenido lugar antes de iniciarse por la Administración la *investigación sumaria o el sumario administrativo* destinados a establecer el hecho constitutivo de *falta*

administrativa, pues no parece razonable un *reintegro* posterior a dichos momentos, no sólo para estimar inaplicable el castigo del artículo 233 del Código Penal en la próxima orbita en que habrá de examinarse *el mismo hecho*, sino también, *para fijar la sanción disciplinaria administrativa que habrá de padecer el funcionario o agente público*. El ánimo de reintegrar, por su propia naturaleza, es consubstancial al uso transitorio o aplicación temporal mínima del recurso malversado, sin que pueda extenderse en el tiempo más allá de lo razonable y prudente de acuerdo con el destino que quiso darle el agente y con las reales posibilidades que tuvo de oportuno reintegro de la cosa.

Dicho reintegro, si fuese *extemporáneo*, posterior a los momentos que acabo de señalar, no hará variar la naturaleza del delito en que incurrió el funcionario público, pues ya había sido consumado y perfeccionado con *antelación al reintegro*, pero sí pudiera ser útil para atenuar el castigo que señala el artículo 233, de acuerdo con la norma del N° 7 del artículo 11 del Código Penal.

En otras palabras, y en síntesis:

Si el funcionario público sustrajo la cosa para sí o consintió en que otro la sustrajera, *sin ánimo de reintegrar*, incurrió en la figura penal del artículo 233. Si el reintegro total o parcial se produce de todos modos con antelación a la sentencia de término, puede operar la atenuante de responsabilidad penal del número 7° del artículo 11 del Código Penal, si concurren todos los requisitos propios de la minorante¹⁹.

Si dicho funcionario se apoderó de la cosa *con ánimo de restituirla y la reintegró; pero lo hizo extemporáneamente, con posterioridad al inicio de la investigación por la Administración, habrá incurrido en el delito del artículo 235 del Código Penal; será sancionado con las penas del artículo 233; y el reintegro extemporáneo*, anterior a la sentencia de término, podrá importar la atenuante del N° 7° del artículo 11 del Código Penal, si es procedente en sí misma.

Si el reintegro se produjo oportunamente pero la malversación causó daño o entorpecimiento al servicio público, el agente incurrió en la figura penal del artículo 235 y habrá de castigársele con las penas del inciso primero del mismo artículo. Desde un

¹⁹ La crítica que esta hipótesis origina en caso de reintegro total es la de que se castigaría una intención y no un hecho. Sin embargo, no debe olvidarse que sí se produjo el hecho del apoderamiento de la cosa sin ánimo de reintegrar, lo que significó consumación del artículo 233 y el máximum de peligro de pérdida corrido por el caudal.

punto de vista civil no será obligado al reintegro pues éste ya se produjo; pero quedará sujeto a la indemnización de los perjuicios causados por el “daño o entorpecimiento del servicio público”.

El reintegro oportuno, igualmente, debiera dar origen a la atenuante que hemos mencionado anteriormente.

Si dicho agente se apoderó de la cosa ***con ánimo de restituirla y la restituyó oportunamente***, pero el uso indebido de los fondos ***fue sin daño ni entorpecimiento del servicio público***, incurrió en la figura del artículo 235 del Código Penal y su sanción se rige por el inciso final de dicho artículo. Habiéndose producido el reintegro y no originándose daño o entorpecimiento al servicio público, en principio, no habría acción civil alguna que intentar.

Reitero mi pensamiento de que el reintegro, para el adecuado juego o aplicación del artículo 235, debió producirse con antelación al inicio de la respectiva investigación sumaria o sumario administrativo. No sólo de ese modo queda de manifiesto el ánimo de restituir del agente, coetáneo a la aprehensión de la cosa, sin perjuicio de que la investigación preliminar administrativa sea de gran utilidad para establecer si se produjo o no daño o entorpecimiento al servicio público afectado.

Es la mejor interpretación, me parece, para equilibrar los intereses tanto de la Administración cuanto del imputado al examinar el comportamiento de este último en el ámbito penal.

VI. En consecuencia, si nos preguntamos si en los delitos a que hacen referencia los artículos recién citados opera la causal de atenuación de la pena del artículo 11 N° 7 del Código Penal, debiéramos contestar que sí, con la sola excepción de lo dicho por el inciso final del artículo 235, en que simplemente no se produce daño; y como éste se produjo en el caso del inciso primero del artículo 235, además del reintegro ya efectuado, se hace procedente la acción civil indemnizatoria común, en la medida en que el daño sea cuantificable y reducible a dinero o subsanable del modo particular que el caso requiera. En otros términos, siempre que hay daño patrimonial o extrapatrimonial puede operar la causal de atenuación citada, en la medida que su aplicación no esté prohibida por la ley, como ocurre en algunos casos²⁰.

²⁰ Véase el artículo 20 de la Ley 20.000.

VI. ALCANCE DEL ARTÍCULO 89 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, N° 10.336

Otro tema de interés es el que dice relación con el “alcance del artículo 89 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N° 10.336, cuando señala que *“si las cuentas no fueren **presentadas dentro del plazo legal o del plazo que otorgue el Contralor, podrá éste suspender al empleado o funcionario responsable, sin goce de sueldo, medida que durará hasta que dé cumplimiento a la referida obligación. La Contraloría General, en el caso de los cuentadantes autorizados para girar fondos en globo y cuyas rendiciones de cuentas no fueren presentadas dentro del plazo legal o del plazo que otorgue el Contralor; sin perjuicio de adoptar las sanciones administrativas correspondientes, comunicará y ordenará a la Tesorería General la suspensión del pago de todo giro mientras no se rinda cuenta del anterior. El incumplimiento de esta orden hará responsable al Tesorero Provincial de todo perjuicio que pueda afectar al interés del Fisco. Con todo, el Contralor podrá ordenar que se retengan por quien corresponda las remuneraciones, desahucios o pensiones de aquellos funcionarios o ex funcionarios que no hayan rendido su cuenta o cumplido reparos de la Contraloría General dentro de los plazos fijados por las leyes y reglamentos respectivos, sin perjuicio de la responsabilidad criminal a que esté sujeto el obligado a rendir cuenta”***.

El ordenamiento administrativo nuestro contiene numerosas normas que dicen relación con el ingreso y uso de los recursos públicos en general, que necesariamente son conducidos por los agentes públicos. Quienes administran dichos recursos están sujetos, por regla general, a la fiscalización y vigilancia de la Contraloría; y dentro del año calendario, mensualmente o en el plazo que el Contralor señale, o cumplida que sea la necesidad pública o consumidos los respectivos recursos, deben dar *cuenta* al órgano contralor de su exacto y documentado destino. La propia Contraloría, de oficio también, está vigilando por medio de los órganos contemplados en su ley, la adecuada inversión de los fondos públicos.

Sea por medio de las cuentas obligatorias que se deben rendir, sea por la actividad de oficio que lleva a cabo la Contraloría, la idónea inversión de los ingresos le debe ser demostrada por quienes manejan o administran los fondos públicos.

Las *cuentas* deben rendirse en las oportunidades que señala la ley, el reglamento o dentro del plazo que señale el Contralor y si

ello no ocurre, pueden adoptarse las medidas administrativas que la disposición legal menciona; como también si se rinden y son objeto de *reparos* por la Contraloría.

Como la rendición de cuentas y el cumplimiento de sus reparos se encuentran dentro de la órbita de la Administración, el incumplimiento de las obligaciones aludidas puede tener su origen, entre otras causas, en delitos cometidos por los cuentadantes o por quienes de ellos dependan, de allí que la ley salve la posibilidad de responsabilidad criminal de quien está jurídicamente obligado a rendir la cuenta o cumplir el reparo formulado por la Contraloría.

Advirtamos desde ya, que el denominado *juicio de cuentas* es un procedimiento administrativo con fines esencialmente civiles, perfectamente compatibles con los propios de una responsabilidad penal. De allí, la norma del artículo 102 de la Ley Orgánica de la Contraloría que establece que *“si en el curso del examen se advirtieren reparos o irregularidades que hagan presumir la existencia de hechos delictuosos, el examinador deberá ponerlos inmediatamente en conocimiento de su jefe. Este calificará la gravedad del caso, y, si lo estima procedente, informará detalladamente y por escrito al Contralor, quien podrá ordenar que se dé cuenta a la justicia ordinaria. En este último evento, el examen proseguirá hasta la formulación del reparo o el otorgamiento del finiquito. Respecto del juicio de cuentas se estará a lo prevenido en el artículo 117”*.

VII. PRESUNCIÓN DE SUSTRACCIÓN DE VALORES SEÑALADA EN EL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 85 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Interesa conocer también *“la presunción de sustracción de valores señalada en el inciso 2° del artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en relación con la responsabilidad penal; y cuáles serían los alcances penales del referido artículo”*.

Conviene citar tanto el inciso primero cuanto el segundo de dicha disposición. Dicen así:

“Todo funcionario, como asimismo toda persona o entidad que reciba, custodie, administre o pague fondos de los mencionados en el artículo 1°, rendirá a la Contraloría las cuentas compro-

badas de su manejo en la forma y plazos que determina esta ley.

Cuando un funcionario, al ser requerido por la Contraloría, no presente debidamente documentado el estado de la cuenta de los valores que tenga a su cargo, se presumirá que ha cometido sustracción de dichos valores”.

Me parece entender que el verdadero interés del estudio dice relación con la **presunción** contemplada en el inciso segundo del artículo 85 referido al nuevo sistema probatorio del Código Procesal Penal.

La aludida presunción la examinaremos conjuntamente con aquella otra contemplada en el inciso final del artículo 139 de la misma ley. Este artículo expresa: “*Si de cualquiera investigación, examen o revisión que practique la Contraloría, resultare que se ha cometido malversación de fondos públicos, soborno, cohecho u otro delito semejante, se pasarán los antecedentes a la autoridad judicial competente.*”

El Consejo de Defensa del Estado, a petición del Contralor, se hará parte en todos los procesos que se inicien por denuncia de la Contraloría en defensa del patrimonio de las instituciones sometidas a su fiscalización; sin perjuicio de que el Contralor General pueda iniciar cualquier juicio civil o criminal o hacerse parte en todo proceso a que pudieren dar lugar los delitos o irregularidades que se notaren en los Servicios sometidos a su fiscalización o control.

En aquellos procesos, el Contralor o sus delegados prestarán su declaración por medio de informes, en los casos en que sea solicitada, y tales informes constituirán una presunción grave para los efectos de establecer la responsabilidad penal de los procesados²¹.

Quisiera señalar de inmediato que no soy el único que piensa que el sistema de presunciones legales o simplemente legales desapareció de conformidad con las normas probatorias del Código Procesal Penal.

Los conceptos contenidos en los artículos 295 sobre **libertad de prueba**, en cuanto “*todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en confor-*

²¹ La mencionada norma hace referencia a la facultad concedida al Contralor y a sus delegados para abstenerse de comparecer ante el tribunal, permitiéndoles declarar por medio de informes. A nuestro juicio la aludida facultad ha sido tácitamente derogada por el Código Procesal Penal de acuerdo con los artículos 298 y 300, a lo menos, en cuanto a los delegados respecta. Si no obstante se llegase a aceptar los informes de acuerdo con el artículo 323 del citado Código, jamás podrían dar origen a una presunción legal por las razones expuestas más adelante.

midad a la ley". Y del artículo 297, sobre **valoración de la prueba**, que señala que *"los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados"*, hacen incompatibles las presunciones legales con la libertad probatoria que preconiza el Código. La presunción legal, sin lugar a dudas, fuerza al juez a creer en la existencia de un hecho aun cuando sea *ab initio* o *in limine*, como se acostumbraba a decir; y ello es contradictorio con la libertad probatoria y de apreciación o valoración de la misma.

Existe un trabajo muy interesante que me voy a tomar la libertad de reproducir en parte y que responde a mi propia convicción sobre el tema. Dice así:

"Incompatibilidad de las presunciones simplemente legales con el nuevo sistema procesal penal.

El nuevo Código Procesal Penal (en adelante, NCPP) ha venido a operar un giro radical en el proceso penal, no sólo en cuanto deja atrás el viejo sistema inquisitivo o bonapartista, reemplazándolo por un nuevo procedimiento acusatorio, sino también en lo relativo a la prueba. José Martínez Ríos resume las características del nuevo sistema probatorio, señalando los siguientes elementos: 1) La carga material de la prueba corresponde a la parte acusadora; 2) Sólo tienen el carácter de prueba las practicadas en el juicio oral, bajo los principios de inmediación, contradicción, publicidad e igualdad; 3) Las pruebas deben haber sido obtenidas por medios lícitos; 4) Las pruebas requieren de cierta entidad, no bastando las conjeturas o las meras sospechas; 5) Existe libertad en los medios de prueba, y 6) Existe libre valoración de la prueba.

Respecto de lo que nos interesa, cabe destacar que el NCPP establece, en su artículo 295, el principio de libertad de prueba, según el cual todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley. Conforme a este principio de libertad probatorio, todo hecho puede ser probado por cualquier medio; no existen hechos que deban probarse por ciertos medios determinados, ningún medio de prueba tiene más valor que otro ni existen pruebas objetadas.

Por otra parte, como complemento de lo anterior, el art. 297 del NCPP establece el principio de la libre valoración de la prueba, en cuya virtud los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero sin poder contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La fundamentación que el tribunal realice, al justificar su valoración de la prueba, debe permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que se llegue en la sentencia.

El sistema probatorio antes descrito viene a erradicar expresa y absolutamente la prueba tasada del proceso penal. Estimamos que con ella también caen las presunciones simplemente legales que pudieren existir en el ramo.

*Ya hemos dicho que las presunciones iuris tantum sólo pueden existir en un sistema procesal fundado en la prueba tasada, toda vez que es el Legislador quien establece dichas presunciones, atribuyéndoles el mérito de plenas pruebas, sin que el juez pueda desvirtuarlas si no es a través de otras plenas pruebas. **El que la ley determine que, acreditando un determinado hecho o circunstancia, se tendrá por probado otro hecho o circunstancia distinto, resulta totalmente incompatible con el sistema de la libre apreciación de la prueba, toda vez que por la vía de este expediente pierde el juez su libertad de valoración de la evidencia, siendo reemplazado en dicha función por el legislador.***

Por otra parte, las presunciones relativas también pugnan con la norma contenida en el art. 340 del NCPP, en cuanto ésta establece el grado de convicción, más allá de toda duda razonable, que debe asistir al tribunal para condenar a una persona, respecto de la prueba rendida en el juicio oral. La convicción a que se refiere la ley es la del tribunal, sobre la base de la prueba rendida en el juicio oral, apreciada libremente. Así, no queda lugar para presunciones iuris tantum”²².

²² Patricio Muñoz Díaz. “Acerca de la constitucionalidad y vigencia de las presunciones en materia penal”. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. Tomo N° 7, agosto de 2002.

VIII. ALCANCE DEL ARTÍCULO 96 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Señala el artículo 96 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que **“toda cuenta será examinada, finiquitada o reparada en un plazo que no exceda de un año, contado desde la fecha de su recepción por la Contraloría.**

Vencido este plazo cesará la responsabilidad del cuentadante y la que pueda afectar a terceros, sin perjuicio de las medidas disciplinarias que corresponda aplicar a los funcionarios culpables del retardo, y de las responsabilidades civil y criminal, que continuarán sometidas a las normas legales comunes.

El plazo a que se refiere el inciso 1° se contará, respecto de las cuentas que se examinan directamente en los Servicios, **desde la fecha en que oficialmente hayan sido recibidas por el funcionario de la Contraloría encargado de su examen.**

La Oficina de Partes de la Contraloría General deberá certificar la fecha de la recepción de cada rendición de cuentas. Esta misma obligación incumbe a los funcionarios a que se refiere el inciso precedente, quienes tendrán el carácter de ministros de fe para estos efectos”.

Para comprender las disposiciones anteriores menester es conocer el sistema utilizado por la Contraloría para informarse del estado de las cuentas que le corresponde examinar y fiscalizar.

Desde luego, el artículo 7° de la Ley Orgánica respectiva establece que “el Contralor General tendrá **competencia exclusiva** en la investigación, examen, revisión y determinación de todos los créditos y deudas del Fisco; en el examen y juzgamiento de todas las cuentas de los empleados que custodien, administren, recauden o inviertan rentas, fondos o bienes fiscales, municipales y de la Beneficencia Pública, o de toda persona o entidad que deba rendir sus cuentas a la Contraloría o que esté sometida a su fiscalización.

Los funcionarios o entidades que, sin recibir o percibir directamente rentas, fondos o bienes de los mencionados en el inciso anterior, tuvieren, sin embargo, intervención en el oportuno ingreso de estos valores en Tesorería o en la debida incorporación de esos bienes en los inventarios, deberán dar cuenta a la Contraloría de todos los roles que al efecto confeccionen o de todas las órdenes que expidan”.

Para los efectos anteriores el organismo contralor cuenta con un Subdepartamento de Control de Entradas que examina, verifica y fiscaliza todo aquello que signifique un ingreso a favor del Fisco; y

un Subdepartamento de Control de Gastos que verifica y fiscaliza la correcta imputación de los egresos fiscales.

Asimismo, según lo permite el artículo 132°, “cuando lo estime conveniente el Contralor, se practicarán inspecciones extraordinarias en cualquiera oficina sujeta a su fiscalización, a fin de informarse sobre los métodos empleados en el manejo de los fondos y de dar instrucciones tendientes a perfeccionar dichos métodos para la mejor fiscalización”. A estas oficinas se puede enviar, también, a un examinador de cuentas quien deberá consignar por escrito el nombre y apellidos, empleo, oficina o domicilio del cuentadante, el período o autorización a que corresponda la cuenta y el resultado del examen.

Si fuere procedente la formulación de reparos, deberá, además, indicar la parte de la cuenta en que se encuentra la operación o documento reparado y las consideraciones de hecho o de derecho en las cuales se funden, citando en el informe las disposiciones legales transgredidas.

Terminado el examen de la cuenta sin que hubiere reparos que formular, o salvadas las observaciones que se hubieren hecho, el examinador remitirá el expediente, con expresión escrita de su conformidad, al Jefe del Departamento, quien, si estimare cumplidos los requisitos de los artículos precedentes, otorgará el finiquito que corresponda. Por otra parte, el Contralor, o cualquier otro funcionario de la Contraloría especialmente facultado por aquél, podrá ordenar, cuando lo estime necesario, la instrucción de sumarios administrativos, suspender a los Jefes de Oficina o de Servicios y a los demás funcionarios, *y poner a los responsables en casos de desfalcos o irregularidades graves, a disposición de la justicia ordinaria.*

En síntesis, el cuentadante normalmente es un funcionario de cierta jerarquía a cuyo cargo se encuentran empleados subordinados, quienes operacionalmente conducen la contabilidad de la Oficina o Servicio de que se trate. Son aquellos que materialmente, de hecho, conservan la documentación contable, elaboran las cuentas, las proporcionan al superior jerárquico y es éste quien tiene el deber de presentarla en el término legal, reglamentario o que fije el Contralor.

Significa lo anterior, desde el punto de vista del artículo 96, que los funcionarios de la Contraloría cuentan con el plazo de un año para examinar, finiquitar o reparar la cuenta que les ha sido presentada. Y que si así no ocurre cesa la responsabilidad administrativa **del cuentadante y de los terceros, sólo en lo que dice relación con la presentación de la cuenta;** pero subsiste la responsabilidad civil y penal

de estos mismos, si existen hechos que originen delitos o perjuicios. La expresión u oración “sin perjuicio de las medidas disciplinarias que corresponda aplicar a los funcionarios culpables del retardo” *hace referencia a quienes incurrieron en atraso en la revisión o examen de la cuenta*, pues “toda cuenta será examinada, finiquitada o reparada en un plazo que no exceda de un año, contado desde la fecha de su recepción por la Contraloría. Y este plazo “se contará respecto de las cuentas que se examinan directamente en los Servicios, desde la fecha en que oficialmente hayan sido recibidas por el funcionario de la Contraloría encargado de su examen”.

Finalmente, lo que es muy importante resaltar, y es lo que ocurre frecuentemente en nuestra labor diaria, cual es el hecho de que con ocasión de un examen de cuentas *in situ* o a propósito de una *investigación sumaria o sumario administrativo sin que se encuentren totalmente afinados*, un tribunal en lo penal inicie una investigación criminal. Ello se debe a normas propias administrativas, como ocurre con los artículos 139 y 117 de la Ley Orgánica de la Contraloría. El primero establece que “si de cualquiera investigación, examen o revisión que practique la Contraloría, resultare que se ha cometido *malversación de fondos públicos, soborno, cohecho u otro delito semejante*, se pasarán los antecedentes a la autoridad judicial competente; y del artículo 117, al señalar que “*si durante la tramitación del juicio (de cuentas) se advirtiere la existencia de hechos delictuosos de los que no tenga conocimiento la justicia ordinaria, el juez de primera instancia ordenará formular la denuncia correspondiente. Si estima que esos hechos tienen relación directa con el reparo objeto del juicio, suspenderá el procedimiento hasta que recaiga resolución ejecutoriada en el juicio criminal*”.

Es importante mencionar lo dicho en cierta ocasión por el señor Arturo Aylwin Azócar, en su calidad de Contralor General de la República, en lo que a este punto toca. Dijo así:

“En la práctica, cuando en un Juicio de Cuentas hay constancia que en un tribunal del crimen se tramita una causa que tenga relación directa con el reparo del juicio, el juez de cuentas ordena oficiar a dicho tribunal, a fin de que proporcione los antecedentes necesarios para determinar si se trata de los mismos hechos (inculcado, motivo, monto, fecha, etc.) debatidos en tal juicio. En caso afirmativo, el juez de cuentas dicta una resolución que suspende la tramitación del juicio, en espera de que recaiga

resolución ejecutoriada en el proceso criminal, la que se notifica al cuentadante y se pone en conocimiento del juez respectivo. Al respecto cabe precisar que, mientras el juicio de cuentas se encuentra suspendido, periódicamente se oficia al tribunal del crimen respectivo, a fin de tener conocimiento del estado de la causa. Cuando este tribunal dicta sentencia definitiva y ejecutoriada, ésta es adjuntada al juicio de cuentas, dictándose una resolución que deja sin efecto la suspensión y ordena su prosecución.

Esta figura jurídica reviste importancia en el juicio de cuentas, por cuanto la sentencia dictada en el tribunal del crimen puede incidir en aquél, atendidos los principios de certeza jurídica y cosa juzgada, dando lugar, inclusive, a dejar sin efecto el reparo”²³.

A lo anterior hay que agregar las disposiciones del artículo 175 letra b) en relación con los artículos 176 y 177 del Código Procesal Penal que se refieren a la obligación de los empleados públicos de denunciar los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones y, especialmente, en su caso, los que notaren en la conducta ministerial de sus subalternos, lo que debe efectuarse dentro de un brevísimo plazo, bajo apercibimiento de infracción penal.

Fácil es entender que la exigencia de denuncia que pesa sobre el agente público dice relación sólo si encontrándose éste desempeñando su función pública, surge ante él, *un hecho que revista caracteres de delito penal*, sin que pueda estimarse que haya de encontrarse plenamente demostrada la existencia del delito para cumplir tal deber. La declaración de existencia o inexistencia de un hecho constitutivo de delito penal es materia de exclusiva competencia del juez del crimen, por lo que la responsabilidad administrativa y penal de denunciar que grava al funcionario público está entregada sólo a su sentido común e inteligencia.

²³ Arturo Aylwin Azócar, Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. Año 1, Nº 2. Diciembre de 2000.