

LA DESVIACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS.
ASPECTOS DOGMÁTICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES*
[“Diversion of Public Funds: Dogmatic and Political-Criminal Aspects”]

LUIS RODRÍGUEZ COLLAO**
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

Enmarcado en el ámbito del derecho penal, este trabajo examina el delito de desviación de fondos públicos contemplado en el artículo 236 CP. chileno. Tras examinar analíticamente el contenido de este precepto legal, el autor expone la forma en que el derecho comparado enfrenta el tema y desarrolla críticamente las razones que suelen invocarse como argumento en pro de la subsistencia de este delito. Concluye planteando, desde una perspectiva político-criminal, que no existe ninguna razón que justifique su inclusión dentro CP. y que hay mecanismos de índole administrativa, mucho más eficaces, que pueden ser utilizados para prevenir la ejecución de la conducta sancionada.

PALABRAS CLAVE: Malversación - Delitos funcionarios - Delitos ministeriales - Delitos contra la administración pública.

ABSTRACT

Within the framework of the criminal law, this paper looks at the diversion of public funds as a crime included in Art. 236 of the Chilean CP [Criminal Code]. After analytically examining the content of this legal provision, the author shows the way in which comparative law faces the issue, and it critically presents the reasons generally invoked as arguments favoring this crime. In the conclusion, it is suggested that, from a political-criminal perspective, there is no reason to justify the incorporation of this offense into the CP, and that there are far more efficient administrative mechanisms that can be employed to prevent this offense from being carried out.

KEY WORDS: Embezzlement - Offenses committed by public officials - Offenses committed by ministers - Crimes against public administration.

* Trabajo redactado en el marco del Proyecto FONDECYT 1060816, sobre el tema Protección penal del patrimonio público. Estudio dogmático y crítico.

** Doctor en derecho por la Universidad de Lérida (España). Profesor de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal, Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico, lrodrige@ucv.cl

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 236 CP. dispone: *“El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento”*.

Esta disposición contempla, según la opinión mayoritaria, una forma específica de malversación, que los autores denominan malversación por aplicación pública diferente y consiste –como fluye claramente de su texto– en que un funcionario encargado de la administración de fondos estatales los destine a un cometido público distinto de aquel al que estuvieren jurídicamente destinados.

Esta figura delictiva –que aquí preferimos denominar desviación de fondos públicos– ha sido objeto de un fuerte cuestionamiento por parte de un sector de la doctrina, que la ve como una infracción meramente formal, orientada a proteger un cierto orden presupuestario al interior de los entes públicos, llegando a plantear algunos que tal objetivo puede conseguirse convenientemente a través de la imposición de sanciones administrativas y la aplicación de otros instrumentos preventivos de la misma índole.

En las páginas que siguen examinaremos las principales líneas que ha seguido el debate en torno a esta figura, las soluciones que ha adoptado el derecho extranjero, los principales caracteres de su configuración típica y el rol que ella desempeña dentro del conjunto de delitos que el ordenamiento jurídico chileno destina a la protección del patrimonio público. Todo ello con el objeto de determinar si se justifica o no que nuestro Código Penal la siga incluyendo dentro del elenco de infracciones que contempla.

II. ASPECTOS DOGMÁTICOS

La conducta típica consiste en aplicar fondos públicos a fines de idéntica naturaleza, pero diversos de aquéllos a los que dichos fondos estaban destinados. En esto se diferencia el delito que ahora nos ocupa, de los delitos tipificados en los artículos 233 y 235 CP. (que la doctrina acostumbra a denominar malversación por apropiación y malversación por distracción, respectivamente), pues aquí no hay sustracción en beneficio particular, sino desviación. Si se tratase de una aplicación a fines privados se produciría, necesariamente, una sustracción y quedaría configurado el delito del artículo 233, si la sustracción es permanente, o del artículo 235, en caso de ser transitoria. En suma, la aplicación que configura este delito consiste en un acto de administración por el cual los fondos se invierten 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 económica equivalente¹.

Aunque se trate de una aplicación pública de los fondos, ésta ha de ser una aplicación diferente a la que estaban destinados. Dicho destino será el que había señalado, primordialmente, la ley (en particular, en la ley de presupuesto), pero que también puede estar precisado por reglamentos, por decretos y aun por órdenes de los superiores del servicio dentro del ámbito de sus atribuciones legales². Esto último obliga a recurrir a disposiciones extra-penales para determinar cuándo se configura el ilícito penal, el que resulta un ilícito altamente normativizado. Aun cuando la acción se encuentra descrita en el precepto sin necesidad de indagar el contenido de las normas sobre inversión de fondos —la conducta consiste en “aplicar” o invertir los fondos públicos a un destino diferente—, su carácter típico no puede precisarse acabadamente sin recurrir a las disposiciones que reglamentan la inversión de los fondos. La disposición puede, por tanto, calificarse como una ley penal en blanco, porque la tipicidad de la conducta depende de que ella se haya verificado con infracción de dichas normas extra-penales³.

En relación con el objeto material, la ley hace referencia a caudales o efectos, que necesariamente han de ser públicos —en cuanto son administrados por un funcionario público— y que, además, deben tener asignada una finalidad, sea por ley, por disposiciones de rango inferior o por mandato de la autoridad competente.

El sujeto activo del delito, desde luego, ha de ser un funcionario público; pero ha de ser un funcionario que cuente con competencias específicas para aplicar los fondos, esto es, que cuente con la facultad de disposición de los mismos, sin que baste el solo hecho de que el funcionario tenga a su cargo los fondos, o que los tenga en custodia o depósito, como sucede en otros delitos de este mismo grupo⁴. Se trata acá de un funcionario que, en razón de su cargo, está autorizado para efectuar pagos o realizar inversiones.

¹ ETCHEBERRY, A., *Derecho penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), IV, p. 244. En relación con el derecho argentino, Cfr. DONNA, E. A., *Delitos contra la administración pública* (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999), p. 266; y VILLADA, J. L., *Delitos contra la función pública* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999), p. 399.

² RODRÍGUEZ COLLAO, L. - OSSANDÓN WIDOW, M., *Delitos contra la función pública* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), pp. 392 ss.

³ En el mismo sentido, POLITOFF, S. - MATUS, J. P. - RAMÍREZ, M. C., *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), pp. 519-520. En contra, BUNSTER, A., *La malversación de caudales públicos. Estudios de doctrina y de jurisprudencia* (Santiago, Universidad de Chile, 1948), p. 120.

⁴ GUZMÁN DÁLBORA, J. L., *Estudios y defensas penales* (Santiago, LexisNexis, 2005), p. 257.

El tipo exige que la conducta se haya cometido arbitrariamente. Esta cláusula fue introducida por la Comisión Redactora (sesión 49) con el expreso propósito de excluir del tipo a los funcionarios que cambian el destino de los fondos en virtud de órdenes superiores y procediendo con arreglo a la ley⁵. En general, la doctrina entiende que ella alude a la antijuridicidad de la conducta y que en cuanto asume la condición de elemento normativo del tipo, determina que las causas excluyentes de la ilicitud funcionen como situaciones de atipicidad⁶. Sin embargo, aunque es un elemento que subraya la ilicitud, puede interpretarse como una exigencia mayor en cuanto significa que sólo será punible la conducta del funcionario que actúe antijurídicamente y por mero capricho, sin razones que avalen su decisión (así lo resolvió la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia expedida el 26 de marzo de 1996). Esto permite la restricción del ámbito típico, dejando fuera de él conductas en que la alteración del destino de los caudales es formalmente antijurídica, pero viene impuesta por las exigencias de la gestión del servicio público o bien obedece a razones estrictamente económicas, pues puede llegar a ser, incluso, beneficiosa para el Fisco.

El delito requiere que los fondos se inviertan efectivamente en un destino diferente al que tenían legalmente establecido, por lo que no basta sólo con haber ordenado la inversión. Pero no se exige un resultado especial producto de dicha desviación, sino que el delito se configura de modo formal y se perfecciona en cuanto se produce una aplicación pública diferente.

El dolo de este delito implica el conocimiento de que se está dando a los fondos una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados. Es decir, el funcionario ha de conocer el destino de los caudales o fondos, establecido en virtud de las leyes o reglamentos pertinentes, y saber que la aplicación que da a los fondos no corresponde con ello. La doctrina está conteste en que la figura delictiva sólo puede cometerse con dolo directo⁷.

⁵ LABATUT, G., *Derecho penal* (7ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992), II, p. 82.

⁶ En este sentido, GUZMÁN DÁLBORA, J. L., *Estudios y defensas penales*, cit. (n. 4) p. 261. Con base en el derecho argentino, CREUS, C., *Delitos contra la administración pública* (Buenos Aires, Astrea, 1981), p. 320; y DONNA, E. A., *Delitos contra la administración pública*, cit. (n. 1), p. 269. En Chile, POLITOFF, S. - MATUS, J. P. - RAMÍREZ, M. C., *Lecciones*, cit. (n. 3), p. 520, sostienen que la voz arbitraria implica también una referencia a la culpabilidad, en cuanto puede traducirse en una razón que altere la medida de la exigibilidad de otra conducta.

⁷ Así opina, por ejemplo, GUZMÁN DÁLBORA, J. L., *Estudios y defensas penales*, cit. (n. 4), p. 263. POLITOFF, S. - MATUS, J. P. - RAMÍREZ, M. C., *Lecciones*, cit. (n. 3), p. 520, deducen la exigibilidad de dolo directo del empleo del adverbio arbitrariamente.

El error o desconocimiento de las normas extra-penales que establecen el destino de los caudales o fondos administrados puede producir un error de tipo, que determinará la impunidad penal del funcionario al no existir figura culposa de referencia. Ahora bien, las posibilidades de que se verifique un error de esta clase quedan restringidas por tratarse de un delito especial referido a un círculo muy reducido de autores, esto es, funcionarios con competencias de administración. Por lo mismo, resulta prácticamente inimaginable un error de prohibición inevitable, en virtud de los deberes específicos que conciernen al funcionario competente para realizar la conducta típica.

En cuanto la consumación del delito, ésta requiere que se realice un acto de administración por el cual los fondos se inviertan efectivamente. El solo hecho de ordenar la inversión podría considerarse una etapa de ejecución —previa a la consumación— sancionable, pero la escasa penalidad de la conducta acarrea que, en la práctica, esos supuestos no sean perseguidos⁸. Asimismo, concordamos con Guzmán Dálbora en que el hecho de guardar o dejar reservados los fondos con la mira de gastarlos en un objeto distinto es un acto preparatorio impune⁹.

III. CONSIDERACIONES SISTEMÁTICAS

El tema de la preservación de la figura de desviación de fondos públicos suscita polémica entre los autores. A favor de la subsistencia del delito se ha manifestado recientemente Guzmán Dálbora, quien, tras recordar la afirmación de Muñoz Conde en el sentido de que “tampoco puede olvidarse que los presupuestos públicos se hacen en función de la adscripción de determinadas cantidades a determinados servicios y que esta adscripción no puede ser cambiada arbitrariamente por el funcionario sin razones muy poderosas”¹⁰, agrega que el delito que nos ocupa “permite sancionar una vasta gama de conductas que entorpecen seriamente el impulso administrativo, la gestión objetiva de los medios económicos del Estado y los fines de beneficio social a que responden, todo lo cual recomienda preservar la infracción”¹¹.

En el otro extremo, y sin desconocer la necesidad de brindar adecuada tutela a los aspectos presupuestarios de la gestión administrativa, algunos

⁸ BUOMPADRE, J., *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia* (Buenos Aires, Editorial Mave, 2001), p. 247; DONNA, E. A., *Delitos contra la administración pública*, cit. (n. 1), p. 270.

⁹ GUZMÁN DÁLBORA, J. L., *Estudios y defensas penales*, cit. (n. 4), p. 264.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial* (8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1991), p. 779.

¹¹ GUZMÁN DÁLBORA, J. L., *Estudios y defensas penales*, cit. (n. 4), p. 218.

autores plantean que para tal efecto debería ser suficiente una sanción administrativa, como sucede actualmente en la legislación española, tras la desaparición de la figura análoga que tradicionalmente habían contemplado los códigos de aquel país¹². El mismo predicamento ha hecho suyo entre nosotros el Anteproyecto de Código Penal de 2005, que no contiene una figura como la que contempla el artículo 236 del Código vigente¹³.

Como ya hemos adelantado, la figura de desviación de fondos públicos suele ser tratada, tanto normativa como doctrinalmente, dentro de las hipótesis de malversación, las cuales en Chile aparecen tipificadas en el párrafo 5º del Título V, del Libro II CP. Estas disposiciones fueron redactadas tomando como modelo lo dispuesto en el Código español de 1848, del que se reprodujo la sistematización y estructura de los tipos en términos muy semejantes. Con posterioridad, las normas de este título apenas han sido objeto de modificación, salvo por la ley 13.303, de 31 de marzo de 1959, que agregó el inciso segundo del artículo 238, y cuestiones referidas a su penalidad, como las recientes reformas introducidas en los artículos 233 y 238, por las leyes 19.450 y 19.501; pero el tipo de desviación de fondos públicos a que se refiere el artículo 236 conserva hasta hoy la misma redacción que tenía en el texto original del *Código Penal*.

Etimológicamente, malversación deriva del latín *male* y *versare*, que significan “invertir mal”¹⁴. Se relaciona, entonces, con la idea de inversión indebida de caudales públicos –o de particulares equiparados a ellos– en usos distintos de aquellos a los que están destinados. De ahí que en el Derecho romano se llamara peculado a la apropiación de bienes públicos, reservándose el término malversación, precisamente, para aludir a la desviación de tales fondos¹⁵. Durante el período de la codificación –particularmente en España e Iberoamérica– el vocablo malversación sirvió para designar un conjunto mucho más amplio de conductas, que incluía no

¹² ETCHEBERRY, A., *Derecho penal*, cit. (n. 1), IV, p. 244 y RODRÍGUEZ COLLAO, L. - OSSANDÓN WIDOW, M., *Delitos contra la función pública*, cit. (n. 2), p. 393. Cfr. CURY ÚRZUA, E., “Contribución político-criminal al estudio de los delitos funcionarios (*Descriptivización y administrativización*)”, en *Revista Chilena de Derecho* 13 (Santiago, enero-abril, 1986) 1, pp. 299-300.

¹³ Cfr. “Materiales de estudio presentados a la Comisión Foro Penal. Parte especial”, en *Política Criminal* 1 (Santiago, 2006). Disponible en www.politicacriminal.cl

¹⁴ TERRAGNI, M. A., *Delitos propios de los funcionarios públicos* (Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003), p. 217.

¹⁵ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal* (Barcelona, Bosch, 2000), p. 276; CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal* (Barcelona, Bayer Hnos., 1999), p. 248. Cfr. SANTALUCÍA, B., *Derecho penal romano* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990), p. 100.

sólo la inversión indebida, sino también la apropiación, en un contexto significativo muy similar al que le atribuye la versión vigente del *Diccionario de la Real Academia Española*, cuando define malversar como “apropiarse o destinar los caudales públicos a un uso ajeno a su función”.

En total concordancia con los criterios imperantes a la época de su entrada en vigencia, el *Código Penal* chileno reúne, bajo la rúbrica *Malversación de caudales públicos*, cinco figuras muy diversas entre sí, pero unidas en torno a tres ideas centrales: la calidad de funcionario público del sujeto que ejecuta la conducta, el carácter público del objeto del delito y la existencia de una especial relación entre el sujeto y el objeto. Si bien es cierto que en algunos casos el castigo se hace extensivo a particulares y que la acción puede recaer sobre objetos pertenecientes a estos últimos, la incorporación de los mismos puede entenderse como una ficción, pues se trata de situaciones en las que dichos sujetos u objetos, por diversas razones, se asimilan a los 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).

Generalmente se reserva el término malversación propia para aquellas conductas de apropiación en que el autor es un funcionario público¹⁶. En tanto que el término malversación impropia ha sido dotado de una triple acepción: para designar los supuestos en que el autor del hecho no es funcionario, sino que es uno de aquellos sujetos a los que alcanza la responsabilidad por malversación (artículo 238 inciso 1°); para referirse a aquellas conductas en que no se produce apropiación sino mera distracción (artículo 235); y para aludir, por último, a la malversación imprudente (artículo 234).

IV. PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO

En el ámbito del Derecho comparado, no existe un tratamiento homogéneo de las figuras de malversación, sino que la legislación de los diversos países contiene especialidades que, en este campo, han llevado a diversas interpretaciones sobre el bien jurídico. Según el caso, el acento puede ponerse en la función pública, en la lesión al patrimonio público considerado desde una perspectiva funcional, o en la infracción del deber

¹⁶ Cfr., por todos, MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración Pública*, cit. (n. 16), p. 290; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Inducción o autoría mediata en malversación impropia*, en *La Ley* 4 (1986).

del funcionario. Cabe destacar, sí, una tendencia general a la simplificación de la regulación que tradicionalmente ha sido demasiado amplia y engorrosa, así como a una atenuación en la penalidad aplicable.

En Italia, por ejemplo, los delitos de peculado giraban en torno a la pertenencia (“peculato”, artículo 314) o no (“malversazione a danno di privati”, artículo 315) a la Administración Pública del objeto material sobre el que recae la acción, así como a la distinción típica en ambos preceptos entre conductas apropiatorias y distractoras en provecho propio o ajeno¹⁷. La Ley N° 86/1990, de 26 de abril, en tanto, unifica en un solo precepto el contenido fundamental de injusto y suprime la referencia a conductas de distracción hacia usos públicos distintos.

En Alemania, la ley de reforma del *Código Penal*, de 2 de marzo de 1974, significó una remodelación total de los delitos funcionariales, por la que, entre otros, se derogaron los delitos de malversación de caudales públicos contenidos en los §§ 350 (“einfache Amtsunterschlagung”) y 351 (“schwere Amtsunterschlagung”). Sin embargo, esta supresión obedeció en gran medida a razones particulares de dicho ordenamiento, debido a la radical desproporción que existía entre los marcos penales correspondientes a estos delitos –calificados como delitos especiales impropios– y el tipo común de apropiación indebida (§ 246 StGB).

En España, el *Código Penal* de 1995 llevó a cabo una profunda reforma del delito que nos ocupa¹⁸. Desaparecieron de su texto tres figuras que tradicionalmente habían formado parte de este grupo de infracciones: la llamada “malversación culposa”, la malversación por aplicación pública diferente (o desviación de fondos públicos, según la terminología aquí utilizada) y la negativa a hacer un pago o entrega de bienes bajo administración o custodia del funcionario (artículos 395, 397 y 398 del *Código Penal* de 1973, respectivamente). La regulación española actual incorpora una nueva modalidad de malversación: el artículo 434, que penaliza la aplicación privada con ánimo de lucro de bienes muebles o inmuebles de la Administración. Su introducción responde, por un lado, a la contingencia

¹⁷ Cfr. ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte speciale* (Milano, Giuffrè, 2000), pp. 291-294; PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte speciale* (Milano, Giuffrè, 2000), pp. 95-104.

¹⁸ En general sobre el tema: ALONSO PÉREZ, F., *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal* (Madrid, Dykinson, 2000), p. 249; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., *Malversación de caudales públicos*, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública* (Bilbao, IVAP, 1997), pp. 180-182; GIMENO LAHOZ, R. - CORBELLA HERREROS, T., *Delitos contra la administración pública*, en GANZENMÜLLER (coord.), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia y contra la Constitución* (Barcelona, Bosch, 1998), p. 95.

política y, por otro, persigue poner un tope al creciente aprovechamiento privado de la infraestructura pública. Se incorpora, enseguida, el “ánimo de lucro” como elemento subjetivo del tipo en los artículos 432 y 434; y desaparece, por último, el sistema de determinación de la pena con base en la cuantía de lo malversado.

Pese a haber desaparecido de la mayor parte de los códigos europeos e iberoamericanos, la figura de desviación de fondos públicos conserva vigencia, hasta donde nos es conocido, en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia y Portugal. Por el contrario, entre los países que no la contemplan, paradójicamente se sigue llamando malversación a hechos delictivos que no se corresponden con el sentido más genuino de esta expresión, que es aquel que la identifica con la idea de aplicación pública distinta de la que jurídicamente corresponde dar a los fondos que han sido puestos bajo el poder de disposición de un funcionario.

V. SOBRE LA NOCIÓN DE BIEN JURÍDICO

En el estado actual del desarrollo de nuestra disciplina, cualquier investigación acerca de los fundamentos del castigo de una determinada conducta debe tomar en consideración el bien jurídico a cuya protección se orientaría su eventual consideración como delito. Pese a las profundas discrepancias que es posible advertir en cuanto a la delimitación del concepto de bien jurídico, e incluso acerca de su utilidad, entendemos, sin embargo, que existe un alto grado de consenso en relación con varios puntos, todos los cuales nos parecen de extraordinaria relevancia para el logro de los objetivos que persigue este trabajo.

Primero, en orden a la conveniencia de mantener dicha noción como categoría sistemática, por ser ella consubstancial a un esquema del Derecho penal verdaderamente garantista y democrático¹⁹; y porque la idea de bien jurídico, en cuanto ofrece al legislador un criterio plausible y práctico a la hora de tomar sus decisiones, conduce a una política criminal racional²⁰.

En segundo lugar, entendemos que también hay acuerdo sobre el

¹⁹ Cfr. MANTOVANI, F., *Principi fondamentali del Diritto penale della libertà*, en *Revista de Derecho Penal* 14 (U. Externado de Colombia, mayo-diciembre, 1992) 48, pp. 27-28; y PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte generale* (Milano, Giuffrè, 2000), pp. 228-230.

²⁰ En este sentido, HASSEMER, W. - MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1989), p. 105. En relación con el rol limitativo del poder estatal que desempeña la noción de bien jurídico, con énfasis en determinadas áreas del ordenamiento penal, Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general* (trad. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995), pp. 50-51.

imperativo de propender a una concepción personalizada del objeto de tutela penal, lo cual se traduce en que sólo pueden ser elevados a la condición de bien jurídico protegido, aquellos intereses que sean inherentes a la persona o que fueren necesarios para su cabal desarrollo espiritual o material. En otras palabras, se acepta que este proceso de privatización del Derecho penal ha de regirse por el principio de individualización de la ofensa, debiendo seleccionarse como bienes jurídico-penales sólo aquellos valores cuya vulneración representa la infracción de un interés reconducible directa o indirectamente al individuo²¹.

En tercer lugar, si bien se acepta que la condición de bien jurídico penal puede ser asumida tanto por intereses individuales, como por ciertos valores colectivos, en uno y otro caso la legitimidad de la intervención penal se encuentra supeditada a que el bien de que se trate efectivamente sea instrumental al individuo, desde el punto de vista de sus posibilidades de realización personal²². En este sentido, es muy ilustrativa la distinción que efectúa Mantovani entre bienes fin, representados básicamente por los derechos fundamentales de la persona, y bienes medio, expresión que alude a los intereses supraindividuales, que fueren necesarios para una adecuada tutela de la dignidad y del pleno desarrollo de la persona²³. El fundamento de este planteamiento –según la opinión de Hassemer– es una concepción liberal del Estado, en la que éste no es un fin en sí mismo, sino un instrumento que debe fomentar el desarrollo y aseguramiento de las posibilidades vitales del hombre²⁴.

Por último, también existe un elevado nivel de consenso en que el legislador no está obligado a tutelar penalmente todos los valores que la Carta Fundamental consagra, ni a sancionar en sede penal todos los ataques de que pueda ser objeto un interés, por mucho que éste aparezca constitucionalmente garantizado²⁵.

²¹ En este sentido, PORTILLA CONTRERAS, G., *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 13 (U. Externado de Colombia, enero-abril 1991) 43, pp. 30-40. En cuanto a la doctrina italiana, Cfr. FERRAJOLI, L., *El Derecho penal mínimo* (trad. R. Bergalli), en BUSTOS RAMÍREZ (dir.), *Prevención y teoría de la pena* (Santiago, ConoSur, 1995), pp. 39-40. Con referencia al tema que nos ocupa, MANES, V., *Bien jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública*, en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología* (2000), pp. 1-5.

²² Cfr. MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho* (Barcelona, Ariel, 1994), pp. 159-165.

²³ MANTOVANI, F., *Principi fondamentali*, cit. (n. 20), p. 16.

²⁴ HASSEMER, W., *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, en *Doctrina Penal* 12 (abril-septiembre 1989) 46-47, pp. 281 y 283-284.

²⁵ En ambos sentidos, MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrá-*

Ahora bien, la exigencia de que todos los delitos tiendan a la protección de un bien jurídico concebido en la forma anteriormente explicada no constituye una simple aspiración de la doctrina científica, ni una mera recomendación político-criminal que la autoridad legislativa pueda, a su arbitrio, acoger o rechazar. Todo lo contrario, es un imperativo constitucional que deriva de la propia noción de dignidad de la persona, en cuanto la imposición de las penas también importa un atentado en contra de derechos fundamentales del individuo; de modo que la legitimidad del ejercicio de la potestad punitiva supone que ésta se ejerza del modo más restrictivo posible, y la medida de esto último sólo puede darla el hecho de existir un bien jurídico necesitado de protección. Ello, porque el principio de autonomía del individuo –una manifestación consubstancial al valor de la dignidad humana–, implica la necesidad de reconocer a la persona una capacidad de realización material y espiritual. Así lo declara expresamente el artículo 1º de la Constitución chilena, el cual, tras reconocer en el párrafo primero el valor de la dignidad humana, dispone en el párrafo cuarto que “el Estado está al servicio de la persona” y que es deber de los órganos estatales “crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”. De modo que la tarea de selección de los bienes jurídicos necesitados de protección penal –y básicamente porque la propia pena importa restricción de derechos fundamentales– sólo puede considerarse legítima a condición de que se trate de intereses cuya conservación efectivamente aparezca orientada a posibilitar o favorecer la realización espiritual y material del individuo; o, lo que es lo mismo, que apunte de modo efectivo a salvaguardar la dignidad del ser humano.

VI. SUSTRATO VALORATIVO DE LA DESVIACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS

Un sector de la doctrina chilena entiende que el bien jurídico protegido en las hipótesis de malversación es la probidad administrativa²⁶, considerando que el disvalor de acción de los diferentes tipos de malversación se sustenta en la infracción de los deberes de fidelidad a que el funcionario se somete. Este criterio, sin embargo, tiende a ser abandonado por la doctrina contemporánea, al igual que algunas propuestas que identifican el bien jurídico con el prestigio de la administración o con la confianza que los

tico de Derecho, cit. (n. 23), pp. 159-165. Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general* (trad. de la 2ª ed. Alemana, por Luzón Peña - Díaz y García Conlledo - De Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997), pp. 64-65.

²⁶ BUNSTER, A., *La malversación de caudales públicos*, cit. (n. 3), p. 10; ETCHEBERRY, A., *Derecho penal*, cit. (n. 1), IV, p. 236;

ciudadanos depositan en ella. En contra de estos planteamientos se suele argumentar que en un Estado democrático la ley no puede criminalizar el simple incumplimiento de deberes personales, ni fundar el castigo en la opinión que las personas tengan acerca de un ente colectivo, si lo uno y lo otro no tienen un correlato en los derechos o en las legítimas expectativas de la ciudadanía. Por ello, se dice que la probidad administrativa y el prestigio de la Administración no son más que condición, la primera, y consecuencia, el segundo, del correcto desempeño de la función pública, interés que la opinión dominante en la doctrina propone como bien jurídico protegido en esta clase de delitos.

Pero las conductas tipificadas como especies de malversación ostentan también un carácter patrimonial evidente y en algunos casos representan una lesión o atentado contra la propiedad o intereses del Fisco, a tal punto que en el artículo 233 CP, por ejemplo, las penas se gradúan según el monto de lo sustraído. Por ello, muchos autores entienden que el bien jurídico protegido es doble, incluyendo el patrimonio fiscal como objeto de protección²⁷. Esto ha llevado a Córdoba Roda, por ejemplo, a plantear que lo protegido es primordialmente la integridad del patrimonio público²⁸.

La posición mayoritaria, que señala como objeto de tutela la Administración Pública en su aspecto funcional, sostiene que éste se materializa en la correcta gestión del patrimonio público para la satisfacción de los intereses generales de la comunidad, objetivo que obviamente presupone el cumplimiento de los especiales deberes que el ordenamiento jurídico impone a determinados funcionarios²⁹. El injusto en los delitos de malversación, ha escrito De la Mata Barranco, “queda cifrado en la lesión a

²⁷ En relación con la dogmática argentina: BUOMPADRE, J., *Delitos contra la Administración Pública*, cit. (n. 8), pp. 235 y 238. Entre los autores colombianos, tal es la opinión de GÓMEZ MÉNDEZ, A., *Delitos contra la Administración Pública. Comentarios al nuevo Código Penal* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000), pp. 86, 90, 118.

²⁸ CÓRDOBA RODA, J., *De la malversación*, en CÓRDOBA RODA - GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial* (Madrid, Marcial Pons, 2004), II, p. 2055.

²⁹ En España, adhieren a esta opinión, entre otros, MORILLAS CUEVA, L., *Delitos contra la administración pública*, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. Parte especial* (2ªe d., Madrid, Dykinson, 2005), p. 860; ORTIZ DE URBINA, I., *Delitos contra la administración pública*, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial* (Barcelona, Atelier, 2006), p. 303; ORTOS BERENGUER, E., *Delitos contra la administración pública*, en VIVES ANTÓN et al., *Derecho penal. Parte especial* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2004). En Chile, si bien con matices, GUZMÁN DÁLBORA, J. L., *Estudios y defensas penales*, cit. (n. 4), pp. 211-212; y POLITOFF, S. - MATUS, J. P. - RAMÍREZ, M. C., *Lecciones*, cit. (n. 3), p. 488.

la correcta gestión del patrimonio público en un sentido de perjuicio a su idoneidad para el cumplimiento de los fines propios de la Administración, desde el punto de vista patrimonial³⁰. El sustento constitucional de esta faceta del buen desempeño de la función pública es, entonces, el principio de eficacia de la actividad administrativa, para cuya vigencia es necesaria la integridad del patrimonio fiscal y el cumplimiento de las condiciones que garanticen la correcta inversión de los fondos públicos³¹.

El recto funcionamiento de la Administración, desde luego, depende de factores internos, es decir, referidos a la organización del ente administrativo y a las relaciones entre este último y los funcionarios públicos; sin embargo, la protección penal de aquel interés no puede circunscribirse al solo mantenimiento de un cierto orden interno, si no existe, por lo menos, la posibilidad de afectación de los intereses de los administrados³².

En el caso del delito de desviación de fondos públicos que contempla el artículo 236 CP. chileno es claro que en él subyace la idea de proteger el correcto desempeño de la función pública, desde la perspectiva del necesario respeto al principio de legalidad que preside la actuación administrativa. Sin embargo, puesto que el tipo no exige un detrimento para el erario nacional, ni perjuicio para los intereses de determinado sector de la ciudadanía –todo lo contrario, es perfectamente imaginable que la conducta sancionada redunde en un beneficio para el Fisco y para la comunidad–, es innegable que lo protegido resulta siendo el simple orden administrativo, en lo que atañe a una correcta ejecución presupuestaria, en el sentido de que ella se ajuste a la letra de la ley y el reglamento.

VII. LA DESVIACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS Y EL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

Puesto que las conductas de malversación suelen ser englobadas dentro del concepto más amplio de corrupción y, en consecuencia, quedar sujetas al estatuto jurídico previsto para las prácticas corruptas, como así también a las medidas extra-penales que suelen adoptar los estados para combatir dicho fenómeno político-social, conviene preguntarse si la desviación de

³⁰ DE LA MATA BARRANCO, N., *Los delitos de malversación*, en *Revista Aragonesa de Administración Pública* 11 (1997), p. 444.

³¹ DE LA MATA BARRANCO, N. - ETXEBARRÍA, X., *Malversación y lesión del patrimonio público, apropiación, distracción y desviación, por funcionario, de caudales públicos* (Barcelona, Bosch, 1995), pp. 79 y 100. En un sentido análogo, MORALES PRATS - MORALES GARCÍA, *De la malversación*, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal* (4ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2005), p. 2158.

³² MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública*, cit. (n. 15), pp. 19-20.

fondos públicos queda o no incluida dentro de las conductas que debemos considerar como corrupción.

De acuerdo con sus antecedentes etimológicos, la palabra corrupción expresa la idea de un acto que altera el estado de las cosas mediante la complicidad o la actuación conjunta de dos o más individuos³³. Pese a ello, desde muy temprano el uso lingüístico impuso algunas acepciones que enfatizan el carácter nocivo de una determinada actuación, en desmedro del sesgo de bilateralidad que fluye de sus antecedentes etimológicos. Así, en el lenguaje cotidiano, corromper y corrupción son utilizados para aludir a la entrega de una dádiva o recompensa a cambio de la concesión de un beneficio por parte de un funcionario, como lo demuestra la frecuencia con que aquel verbo es utilizado como sinónimo de sobornar y cohechar³⁴.

Este último es también el sentido con que mayormente se le utiliza en el lenguaje jurídico. En realidad, el uso del vocablo corrupción, con un sentido más amplio que el de simple equivalente a soborno es muy reciente en dicho ámbito, como lo pone de manifiesto el hecho de que el *Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española*, recién en su versión correspondiente a 2001, incorporara una cuarta acepción de aquel vocablo –desconocida hasta entonces y que no tiene un correlato en el verbo corromper– que reza como sigue: “En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”. Asimismo, las obras especializadas de lexicografía jurídica tienden a incorporar otras acepciones que dan cabida a un número cada vez mayor de conductas, superando ampliamente la clásica asimilación entre corrupción y cohecho.

En el ámbito de las ciencias sociales no existe un concepto unívoco de corrupción, básicamente en atención a que este fenómeno cuenta con una pluralidad de enfoques metodológicos, cada uno de los cuales destaca, enfatiza o confiere primacía a algún elemento concreto de los varios que suelen proponerse como factores inherentes a la estructura de aquella categoría social. Pese a ello, existe consenso en torno a algunos puntos centrales; así, por ejemplo, un elemento que está presente prácticamente en todas las propuestas científicas en torno al problema de la corrupción

³³ MIFSUD s. j., T., *Aproximación ética al fenómeno de la corrupción*, en *Revista de Ciencia Política* 18 (U. Católica de Chile, 1996) 1-2, p. 31. Cfr. BLOCH - WARTBURG, *Dictionnaire etymologique* (5ª ed., París, 1968), p. 150. También, MIGLIORINI - DURO, *Prontuario etimológico* (Turín, 1949), p. 144.

³⁴ Cfr. la tercera acepción que la versión vigente del *Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española* atribuye al verbo *corromper*. En el mismo sentido, *El Pequeño Larousse Ilustrado* (3ª edición. Barcelona, 1997), p. 291.

es el carácter secreto y la falta de transparencia que denotan las acciones susceptibles de ser encasilladas bajo aquella denominación³⁵. Desde otro punto de vista, se aprecia también una clara tendencia hacia el abandono de las posiciones llamadas formalistas o legalistas que en otra época imperaron en la aproximación socio-política al fenómeno de la corrupción³⁶. En general se acepta que este último concepto necesariamente refiere al ámbito del derecho, tanto por la circunstancia de que las conductas corruptas implican violación de preceptos legales, como por el hecho de que ellas representan una clara transgresión al valor de la justicia³⁷.

Sin embargo, se estima que un enfoque estrictamente formal de la corrupción, que considere sólo el dato de su tipificación legal, no permite—desde la perspectiva de un análisis estrictamente sociológico— establecer parámetros para medir la gravedad de las conductas que quedan comprendidas bajo aquella denominación³⁸. Tal es la razón por la cual normalmente se afirma que corrupción no es sinónima de ilegalidad, lo que aparece ejemplificado con una serie de prácticas y actividades que no implican la violación de ninguna disposición legal, pero que llevan consigo una falla ética y de comportamiento colectivo, que tienen efectos sobre el conjunto de la economía y de la sociedad y que, por esto mismo, son parte de lo que genéricamente se denomina corrupción.

La literatura sociológica tiende a identificar la corrupción con operaciones movidas por el afán de beneficio económico directo o indirecto. El enriquecimiento ilícito obtenido por medio del abuso de la función pública—se ha dicho entre nosotros— constituye la esencia de la corrupción. La corrupción representa, en efecto, una relación socialmente patológica entre dos fuentes de poder: el poder económico y el poder político. Mediante tal relación, quienes detentan uno de tales poderes, lo transan a cambio del otro. Así, en una relación corrupta, el poder del dinero busca influir sobre la función pública en beneficio propio e, inversamente, quienes ejercen esta última la distorsionan para favorecer

³⁵ STÜCKELBERGER, C., *Lutte contre la corruption. Un tâche urgente pour les œuvres d'entraide, les missions et les églises*, en *Repères* 1 (Lausanne, 2000), p. 3.

³⁶ Desde el ámbito de las ciencias jurídicas, en cambio, se siguen planteando posiciones que difieren de este planteamiento. Así, por ejemplo, GARZÓN VALDÉS, E., *Acerca del concepto de corrupción*, en *Claves de la Razón Práctica* 56 (octubre de 1996), pp. 26-38, señala que no es posible hablar de corrupción sin hacer referencia simultáneamente al marco normativo dentro del cual se produce el acto o la actividad calificada de corrupta.

³⁷ DEFLEM, M., *Corruption, Law and Justice, A Conceptual Clarification*, en *Journal of Criminal Justice* 23 (1995) 3, pp. 249-258.

³⁸ OLIVERA PRADO, M., *Hacia una sociología de la corrupción*, en *Revista Probidad* 16 (octubre-noviembre de 2001), pp. 7-10.

a quienes les proporcionan rentas económicas³⁹.

En este sentido, por ejemplo, Rose-Ackerman reconoce que su enfoque acerca de este fenómeno se aplica a transacciones donde el dinero u otra cosa de valor es ilegalmente transferido a cambio de un beneficio proporcionado por un servidor público⁴⁰. Desde una perspectiva económica, en efecto, la corrupción suele ser entendida en un contexto de personas racionales que determinan su conducta, procurando satisfacer su propio interés —con el fin de maximizar su bienestar— en un mundo en el que los recursos necesarios para ello son escasos, las necesidades son ilimitadas y la información disponible para tomar decisiones es imperfecta⁴¹. De acuerdo con este enfoque, la corrupción es vista como un mecanismo de distribución de recursos escasos, en el contexto de los mercados ilegales que pueden surgir como reacción frente a cualquier intento estatal por controlar las fuerzas del mercado⁴².

Si bien se acepta que el provecho a que alude esta concepción no siempre es para sí mismo —sino que también puede ser para familiares, amigos, para un grupo o para una organización—, durante los últimos años se ha cuestionado la procedencia de atribuir carácter necesariamente pecuniario a los actos en que se concreta la corrupción, estimándose que lo esencial es la primacía que asume el interés particular, sea que éste se concrete en una ventaja patrimonial o en cualquier otra forma de gratificación o satisfacción⁴³. En otras palabras, pese a que tales beneficios son casi siempre de índole económica, no queda excluida la posibilidad de que ellos consistan en otro tipo de gratificaciones no directamente evaluables en dinero⁴⁴.

Un concepto muy difundido de corrupción la concibe como abuso de poder público para la obtención de un beneficio particular. En otras palabras, el “fenómeno por medio del cual un funcionario público es impulsado para favorecer intereses particulares a cambio de una recompen-

³⁹ FERREIRO YASIGI, A., *Corrupción, transparencia y democracia, reflexiones pertinentes en la hora actual*, en *Asuntos Públicos*, 28 de enero de 2003, p. 5.

⁴⁰ ROSE-ACKERMAN, S., *Corrupción y competencia*, en *Revista de Ciencia Política*, P. U. Católica de Chile, Vol. XVIII, 1-2, 1996, p. 43. Cfr. de la misma autora, *Corrupción, causas, consecuencias y remedios*, en *Primera Conferencia Nacional Anticorrupción* (Lima, junio de 2001).

⁴¹ BINDER, J. - VELOZO, J., *La corrupción, una visión desde la perspectiva económica y jurídica*, en *Red 21* (diciembre de 2001), p. 2.

⁴² Cfr. la explicación y crítica de GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea* (Pamplona, Aranzadi, 2001), pp. 59-63.

⁴³ TANZI, V., *Policies, Institutions and the Dark Side of Economics* (Northampton, Edward Elgar Publishig, 2000), p. 111.

⁴⁴ GARZÓN VALDÉS, E., *Acerca del concepto de corrupción*, en *Claves de la Razón Práctica* 56 (octubre 1996), pp. 26-38.

sa”⁴⁵. Esta fórmula definitoria concitó en su momento una gran difusión a nivel supranacional —la adoptó, por ejemplo, el Banco Mundial— y fue acogida en Chile por la Comisión Nacional de Ética Pública en 1994, al considerar que “hay corrupción cuando un agente público, en el ejercicio de las funciones que le atribuye la legislación vigente, y a través de las mismas, consigue un beneficio privado (que puede ser monetario o de otra naturaleza)”.

Se ha sostenido que el error en que incurren las definiciones tan estrictas de corrupción —ligadas sólo al desempeño de una función pública— es el de poner en calidad de víctimas a los particulares que intervienen como cómplices o como beneficiarios de esta clase de conductas. En este sentido, se estima que no es suficiente la explicación en el sentido de que las acciones cometidas por particulares quedan sometidas al estatuto jurídico previsto para los delitos comunes, porque en la mayor parte de los países las conductas susceptibles de ser calificadas como corruptas y que son objeto de castigo al ser ejecutadas por un funcionario, quedan, en cambio, impunes cuando son cometidas por un particular.

La verdad es que las definiciones de los más destacados estudiosos del tema incluyen hoy una referencia a los agentes privados como sujetos capaces de incurrir en corrupción. Tal es el caso de la fórmula que propone Johnston cuando alude a “Abuso de los puestos o recursos públicos o el uso de formas ilegítimas de influencia política por integrantes de los sectores público o privado”⁴⁶ y la propuesta de Bailey que se refiere a las operaciones ocultas y a todas las maniobras en que intervienen personas que ejercen funciones públicas o privadas, con infracción de los deberes que imponen su calidad de funcionario público, empleado particular o agente independiente, con el fin de obtener ventajas ilícitas de cualquier género, para ellos mismos o para otros⁴⁷.

Pese a que la *Convención Interamericana contra la Corrupción* y la *Convención* de las Naciones Unidas sobre el mismo tema, no definen lo que debemos entender por corrupción, la simple lectura de las conductas que dichos textos consideran como prácticas corruptas, deja en evidencia que por tal ha de entenderse cualquier comportamiento que implique desviación del interés general para beneficio particular, en el marco de

⁴⁵ PASQUINO, G., *Corrupción*, en BOBBIO, NORBERTO (coord.), *Diccionario de Ciencia Política* (México, Siglo XXI, 1998), págs. 438-440.

⁴⁶ JOHNSTON, M., *Funcionarios públicos, intereses privados y democracia sustentable, cuando la política y la corrupción se juntan*, en ELLIOTT K. A., *La corrupción en la economía global* (México, Limusa, 2001), p. 84.

⁴⁷ BAILEY, B. M., *La lutte contre la corruption, questions et stratégies*, Agence Canadienne de Développement International, junio 2000, p. 77.

operaciones o actuaciones carentes de transparencia, noción esta última que, de acuerdo con lo que aquí hemos explicado, coincide plenamente con el sentido en que aquel vocablo es utilizado tanto en el lenguaje especializado, como en el coloquial. Desde este punto de vista, entonces, los actos constitutivos de desviación de fondos públicos no quedan incluidos bajo aquella denominación, ni pesa respecto de ellos la obligación de castigo en sede penal que los mencionados instrumentos internacionales imponen a los Estados que los suscriban.

En el caso de la Convención Interamericana, pese a que ésta no menciona la malversación entre los actos constitutivos de corrupción, se ha sostenido que aquélla sí está comprendida en el párrafo c), N° 1, del artículo VI, dada la amplitud de los términos en que aparece redactado el precepto, que alude a “la realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero”. Sin embargo, frente a la claridad del precepto no queda más que concluir que por mucho que incluya las restantes formas del mismo delito, él no se hace extensivo a las hipótesis de aplicación pública diferente.

VIII. CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES

El campo de los delitos contra la función pública es uno de los sectores del ordenamiento penal en que con mayor insistencia se plantea la necesidad de propender a la desincriminación de algunas conductas que tradicionalmente han formado parte del catálogo de delitos. En términos generales se considera que la erradicación de las prácticas que atentan contra el correcto desempeño de la actividad administrativa requiere que los medios para combatir las sean racionales y eficaces; y se estima que esto último no viene dado por la drasticidad, sino por la oportunidad, la practicabilidad y la inmediatez de la reacción ante una situación irregular⁴⁸. Así, es prácticamente unánime el planteamiento según el cual la intervención del derecho penal ha de tener carácter subsidiario frente a un espectro muy amplio de acciones preventivas y represivas, entre las que sobresale el ejercicio de la potestad de control –administrativa y jurisdiccional– y de la potestad disciplinaria. A esta conclusión se llega tras comprobar la ineficacia de la sanción penal para luchar en contra de las conductas que

⁴⁸ ASÚA BATARRITA, A., *La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria*, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública* (Bilbao, IVAP, 1997), pp. 26-27.

se consideran indeseables desde el punto de vista del correcto desempeño de la función administrativa⁴⁹.

También existe consenso en que la regulación de esta clase de delitos —como la de cualquier sector del ordenamiento penal— se encuentra condicionada por la noción de Estado social y democrático de derecho, una de cuyas principales manifestaciones es que los órganos estatales se encuentran al servicio de la persona. De este modo, se considera que la función pública sólo puede ser entendida en razón de la necesidad de satisfacer las aspiraciones de los miembros del cuerpo social; y que los delitos que tienden a su protección, no pueden estar inspirados en la idea de proteger a la Administración en cuanto tal, sino que a ésta en tanto instrumento al servicio de los ciudadanos⁵⁰. Así, se estima que la conducta penalmente relevante es aquella que genera al menos un peligro para el ejercicio o la vigencia de un derecho subjetivo o de una expectativa legítima de una persona frente a la Administración; y no son pocas las opiniones que plantean la necesidad de incorporar, como elemento del tipo en esta clase de delitos, el resultado de afectación de los intereses de un individuo, sea bajo la forma de una lesión o de una puesta en peligro⁵¹.

Es, en consecuencia, muy positivo que el legislador chileno optara por establecer un sistema extra-penal de combate en contra de la actividad corruptiva al interior de la Administración, el que se materializó con la emisión de Ley N° 19.653, sobre probidad administrativa; pues, al margen de las críticas que dicho sistema pudiere merecer, su sola existencia constituye un explícito reconocimiento sobre el carácter subsidiario del derecho penal, en este ámbito específico de la criminalidad. Lo mismo cabe decir respecto de la supresión de los tipos sobre anticipación y prolongación indebida de funciones, que anteriormente constituían el párrafo 1° del Título V y cuya subsistencia venía criticando desde hacía tiempo la doctrina⁵², básicamente por incidir en una relación administrativa interna, carente de lesividad respecto de una persona en concreto.

Los mismos comentarios cabe hacer respecto de la figura de desviación de fondos públicos, del artículo 236 CP., en primer término porque su único fundamento es la desobediencia a una disposición o instrucción

⁴⁹ MUSCO, E., *A propósito de la tutela penal de la Administración Pública*, en *Revista Penal La Ley* 9 (enero de 2002), p. 105

⁵⁰ MORALES PRATS - RODRÍGUEZ PUERTA, *Delitos contra la Administración pública*, cit. (n. 31), p. 1846.

⁵¹ ASÚA BATARRITA, A., *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración.*, cit. (n. 18), p. 25.

⁵² Por ejemplo, CURY, E., *Contribución político-criminal al estudio de los delitos funcionarios*, cit. (n. 12), p. 298.

sobre la forma en que han de ser invertidos ciertos fondos, al margen de que haya realmente perjuicio pecuniario o una traba impuesta al buen funcionamiento de la Administración y, en segundo lugar, porque claramente implica contravenir el principio de subsidiariedad del derecho penal, ante la existencia de otros mecanismos utilizables y más efectivos para prevenir esta clase de conducta. Entre tales mecanismos, la simplificación de los procedimientos administrativos y el perfeccionamiento de las normas contables y de los sistemas de auditoría y control de la gestión parecen mucho más efectivos que la imposición de una pena. Por su parte, en el ámbito propiamente sancionatorio la existencia de un régimen que garantice el ejercicio de la potestad disciplinaria, en condiciones de eficacia y estricto respeto por los derechos del infractor, se presentan como alternativa mucho más recomendable y efectiva que el ejercicio de la potestad penal.

Por último, cabe señalar las distorsiones que crea la existencia de un tipo como el que contiene el artículo 236 CP, cuya pena –tanto en la hipótesis simple como en la agravada– es la suspensión del empleo, una medida idéntica y que incluso puede llegar a ser más benigna que la que está facultada para aplicar la autoridad administrativa en ejercicio de la potestad disciplinaria, situación que claramente desvirtúa la mayor severidad que, por definición, deberían revestir las sanciones penales. Asimismo, el castigo de la desviación de fondos públicos carece de sustento, en términos de justicia, en un sistema normativo, como el chileno, que no castiga la aplicación privada con ánimo de lucro de bienes pertenecientes a la Administración.

IX. CONCLUSIONES

La mayor parte de los códigos europeos e iberoamericanos que han puesto al día la regulación de los delitos contra la función pública, ya no incluye una figura de desviación de fondos públicos, como la que contempla el artículo 236 CP; ello a pesar de que esta última conducta se corresponde con el sentido natural del término malversación y a que la totalidad de los códigos conserva una o más figuras bajo esta denominación.

El delito, tal como está concebido en el ordenamiento jurídico chileno, no tiene otro soporte valorativo que la salvaguarda del orden presupuestario al interior de la Administración y, en la medida que no implica necesariamente perjuicio para el Fisco o detrimento para los intereses de la ciudadanía, contradice el carácter personalista que ha de revestir el objeto de tutela penal en un Estado auténticamente democrático y, por esto mismo, respetuoso del valor de la dignidad humana.

En cuanto la desviación de fondos públicos no queda comprendida dentro del campo semántico del concepto de corrupción, ni constituye

jurídicamente una manifestación de este fenómeno, el Estado de Chile no tiene la obligación de tipificar penalmente esa figura. Todo lo contrario, la subsistencia del delito implica desatender el carácter subsidiario del derecho penal, en cuanto existen otros mecanismos utilizables para prevenir la ejecución de la conducta, e introduce una serie de distorsiones al interior del sistema de los delitos que tienden a la protección de la función pública.

La decisión de los redactores del *Anteproyecto de Código Penal* de 2005 de no incorporar una figura que sancione la aplicación de fondos públicos a una finalidad pública, parece plenamente justificada.

[Recibido el 16 y aceptado el 22 de noviembre de 2006].

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, F., *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal* (Madrid, Dykinson, 2000).
- ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto penale. Parte speciale* (Milano, Giuffrè, 2000).
- ASÚA BATARRITA, A., *La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria*, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública* (Bilbao, IVAP, 1997).
- BAILEY, B. M., *La lutte contre la corruption : questions et stratégies* (Agence Canadienne de Développement International, junio de 2000).
- BINDER, J. - VELOZO, J., *La corrupción: una visión desde la perspectiva económica y jurídica*, en *Red 21* (diciembre 2001).
- BLOCH - WARTBURG, *Dictionnaire etymologique* (5ª ed., París, 1968).
- BUNSTER, A., *La malversación de caudales públicos. Estudios de doctrina y de jurisprudencia* (Santiago, Universidad de Chile, 1948).
- BUOMPADRE, J., *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia* (Buenos Aires, Mave, 2001).
- CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal* (Barcelona, Bayer, 1999).
- CÓRDOBA RODA, J., *De la malversación*, en CÓRDOBA RODA - GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial* (Madrid, Marcial Pons, 2004).
- CREUS, C., *Delitos contra la administración pública* (Buenos Aires, Astrea, 1981).
- CURY URZÚA, E., *Contribución político-criminal al estudio de los delitos funcionarios (Descriminalización y administrativización)*, en *Revista Chilena de Derecho* 13 (Santiago, enero-abril, 1986) 1.
- DE LA MATA BARRANCO, N.- ETXEBARRÍA, X., *Malversación y lesión del patrimonio público: apropiación, distracción y desviación, por funcionario, de caudales públicos* (Barcelona, Bosch, 1995).
- DE LA MATA BARRANCO, N., *Los delitos de malversación*, en *Revista Aragonesa de Administración Pública* 11 (1997).
- DEFLEM, M.: *Corruption, Law and Justice: A Conceptual Clarification*, en *Journal of Criminal Justice* 23 (1995) 3.

- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Inducción o autoría mediata en malversación impropia*, en *La Ley* 4 (1986).
- DONNA, E. A., *Delitos contra la administración pública* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999).
- ETCHEBERRY, A., *Derecho penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998).
- ETXEBARRÍA ZARRABEITÍA, X., *Malversación de caudales públicos*, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública* (Bilbao, IVAP, 1997).
- FERRAJOLI, L., *El Derecho penal mínimo* (trad. R. Bergalli), en BUSTOS RAMÍREZ (dir.), *Prevención y teoría de la pena* (Santiago, ConoSur, 1995).
- FERREIRO YASIGI, A., *Corrupción, transparencia y democracia, reflexiones pertinentes en la hora actual*, en *Asuntos Públicos*, enero 28, (2003).
- GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea* (Pamplona, Aranzadi, 2001).
- GARZÓN VALDÉS, E., *Acerca del concepto de corrupción*, en *Claves de la Razón Práctica* 56 (octubre de 1996).
- GIMENO LAHOZ, R.- CORBELLA HERREROS, T., *Delitos contra la administración pública*, en GANZENMÜLLER (coord.), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia y contra la Constitución* (Barcelona, Bosch, 1998).
- GÓMEZ MÉNDEZ, A., *Delitos contra la Administración Pública. Comentarios al nuevo Código Penal* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000).
- GUZMÁN DÁLBORA, J. L., *Estudios y defensas penales* (Santiago, Lexis-Nexis, 2005).
- HASSEMER, W. - MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1989).
- HASSEMER, W., *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, en *Doctrina Penal*, año 12, N° 46-47 (abril-septiembre de 1989).
- JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general* (trad. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995).
- JOHNSTON, M., *Funcionarios públicos, intereses privados y democracia sustentable, cuando la política y la corrupción se juntan*, en ELLIOTT K. A., *La corrupción en la economía global* (México, Limusa, 2001).
- LABATUT, G., *Derecho penal* (7ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992).
- MANES, V., *Bien jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública*, en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología* (2000).
- MANTOVANI, F., *Principi fondamentali del diritto penale della libertà*, en *Revista de Derecho Penal* (U. Externado de Colombia), Vol. 14, N° 48, mayo - diciembre, 1992.
- MIFSUD S.J., T., *Aproximación ética al fenómeno de la corrupción*, en *Revista de Ciencia Política* 18 (U. Católica de Chile, 1996) 1-2.
- MIGLIORINI - DURO, *Prontuario etimológico* (Turín, 1949).
- MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal* (Barcelona, Bosch, 2000).
- MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho* (Barcelona, Ariel, 1994).
- MORALES PRATS - MORALES GARCÍA, *De la malversación*, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal* (4ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2005).
- MORILLAS CUEVA, L., *Delitos contra la administración pública*, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal español. Parte especial* (2ª ed., Madrid, Dykinson, 2005).

- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial* (8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1991).
- MUSCO, E., *A propósito de la tutela penal de la Administración Pública*, en *Revista Penal La Ley* 9 (enero de 2002).
- OLIVERA PRADO, M., *Hacia una sociología de la corrupción*, en *Revista Probidad* 16 (octubre-noviembre de 2001).
- ORTIZ DE URBINA, I., *Delitos contra la administración pública*, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial* (Barcelona, Atelier, 2006).
- ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la administración pública*, en VIVES ANTÓN et al., *Derecho penal. Parte especial* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2004).
- PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte generale* (Milano, Giuffrè, 2000).
- PASQUINO, G., *Corrupción*, en BOBBIO, Norberto (coord.), *Diccionario de Ciencia Política* (México, Siglo XXI, 1998).
- POLITOFF, S. - MATUS, J. P. - RAMÍREZ, M. C., *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial* (2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- PORTILLA CONTRERAS, G., *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, en *Revista Derecho Penal y Criminología* 13 (U. Externado de Colombia, enero - abril 1991) 43.
- RODRÍGUEZ COLLAO, L. - OSSANDÓN WIDOW, M., *Delitos contra la función pública* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- ROSE-ACKERMAN, S., *Corrupción y competencia*, en *Revista de Ciencia Política* 18 (P. U. Católica de Chile, 1996) 1-2.
- ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general* (trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña - Díaz y García Conlledo - De Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997).
- SANTALUCÍA, B., *Derecho penal romano* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990).
- STÜCKELBERGER, C., *Lutte contre la corruption. Un tâche urgente pour les œuvres d'entraide, les missions et les églises*, en *Repères* 1 (Lausanne, 2000).
- TANZI, V., *Policies, Institutions and the Dark Side of Economics* (Northampton, Edward Elgar Publishig, 2000).
- TERRAGNI, M. A., *Delitos propios de los funcionarios públicos* (Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003).
- VILLADA, J. L., *Delitos contra la función pública* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999).