

INFORME NACIONAL DE CHILE

El control de la gestión de los recursos financieros públicos en el derecho chileno¹

Flavio Quezada Rodríguez

*Profesor de Derecho Administrativo.
Universidad de Tarapacá*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El control político y administrativo de la gestión de los recursos financieros públicos. 2.1. El control político por órganos representativos y el control administrativo interno. 2.2. El control administrativo externo de la Contraloría General de la República. **3. El control judicial y la responsabilidad ante el uso indebido de recursos financieros públicos.** 3.1. La responsabilidad administrativa y patrimonial de quienes gestionan recursos financieros públicos. 3.2. La responsabilidad penal de quienes gestionan recursos financieros públicos. **4. Conclusiones. 5. Bibliografía.**

1. Introducción

En el derecho chileno la Administración pública tiene por finalidad satisfacer las necesidades públicas, de manera regular y continua, e impulsar el desarrollo del país². Para concretar aquello, gestiona un conjunto de bienes muebles e inmuebles (bienes públicos), organiza y dirige a personas natura-

1. Agradezco la revisión del borrador de este trabajo a los profesores Sebastián Salazar y Gonzalo Flores. Todo error u omisión es exclusiva responsabilidad del autor.

2. Esto constituye la concreción del mandato –genérico– del Estado que dispone el inciso 4.º del art. 1.º de la Constitución, según el cual debe “promover el bien común”, y que se contiene en el art. 3.º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

les competentes para las tareas que componen su función (funcionarios públicos) y dispone de medios financieros para interactuar económicamente en la sociedad (recursos financieros públicos). Es titular también de un conjunto de poderes creados y configurados jurídicamente para ser ejercidos con la misma finalidad. En suma, se trata de una organización que cuenta con un abanico de importantes instrumentos (bienes, funcionarios, recursos y poderes juridificados) para lograr un fin noble.

Sin embargo, los bienes pueden gestionarse inadecuadamente, los funcionarios no cumplir con sus tareas propias, los poderes pueden ejercerse abusivamente o ser desviados a fines privados y los recursos financieros públicos pueden utilizarse para objetivos distintos de los que impone el ordenamiento jurídico. Para intentar evitar lo anterior, desincentivarlo y sancionarlo cuando acontezca, la Administración chilena está sometida a un importante conjunto de controles institucionalizados: es controlada por órganos políticos representativos y la ciudadanía (control político y social); se controla a sí misma (control administrativo interno); es controlada por otros órganos administrativos con distintos grados de autonomía o independencia (control administrativo externo) y, finalmente, es controlada por un tercero imparcial e independiente: los tribunales de justicia (control judicial). Esto explica que el control sea tanto un elemento estructural del constitucionalismo chileno como un principio básico de su derecho administrativo³. En este esquema reposa la concreción de la finalidad de la Administración y, con ello, su legitimidad político-social (Valadés, 1998: 27-32).

Históricamente, en comparación con la región, Chile ha contado con bajos índices de corrupción (Silva, 2018: 263). En esa senda, en las últimas décadas, Gobiernos de distintas sensibilidades políticas han impulsado importantes reformas legales y constitucionales para fortalecer la probidad pública. Sin embargo, de forma paralela a sucesivos escándalos por el mal uso de recursos públicos, se ha ido asentando una percepción ciudadana muy crítica, que ha conllevado un aumento e intensificación de los controles institucionales y ciudadanos (Silva, 2018: 240-261).

Se debe advertir que el control no es un fin en sí mismo, ni su creciente ampliación e intensificación es siempre deseable, puesto que los instrumentos de control operan como un sistema: cada uno de ellos tiene efectos

3. A este respecto, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha señalado que "constituye un elemento consustancial al Estado de Derecho, que sus órganos y, en particular, aquellos que forman parte de su Administración estén sujetos a control público, sin que ninguno de ellos pueda quedar al margen de ese presupuesto fundamental" (Dictamen n.º 18.850, de 2017).

en el comportamiento de los demás. Así, un sistema de control mal configurado puede generar un bloqueo de la acción pública, su inhibición cuando resulta necesaria o una indiferencia ante las objeciones de los entes de control (Valadés, 1988: 158). De este modo, el derecho administrativo pierde su “vocación” propia: la concreción del interés general (Nieto, 1975). Precisamente es lo anterior lo que ha relevado el reciente debate sobre la denominada “administración defensiva” (Boto, 2023; Di Donato, 2023) y el llamado “miedo al lápiz” (La Rosa, 2021); incluso se ha demostrado empíricamente el desmedro de los intereses generales que provoca (Artinger *et al.*, 2019). Esta advertencia, dada la historia reciente del derecho administrativo chileno, resulta especialmente importante (Soto, 2023).

En suma, una adecuada configuración del sistema de control —en un régimen democrático— involucra a todos los órganos del poder en una perspectiva sistémica que debe ser equilibrada. Lo anterior exige que el ejercicio del control sea verificable, que dé lugar a responsabilidades efectivas, que su intensidad sea razonable, sus objetivos evaluables, su despliegue renovable, revisable para su mejora continua y permanentemente equilibrable para permitir (y no impedir) la acción pública que concreta en la realidad social los intereses generales (Valadés, 1998: 158). Articular estos elementos es una (difícil) tarea disciplinar propia —entre otras áreas— de la ciencia del derecho administrativo.

En esta ocasión se desarrollará un aspecto específico de ese esquema general: el control de la gestión de los recursos financieros públicos. Materia no menor, puesto que constituye una de las principales manifestaciones de las políticas públicas (Salvador Armendáriz, 2023: 723-724), pero que, lamentablemente, ha sido objeto de pocos estudios jurídicos y su legislación es tan fragmentaria como dispersa (Montalva, 2019: 30-31). En Chile, estos recursos son asignados por la ley y se obtienen fundamentalmente mediante dos vías: por la estimación de ingresos y gastos de la ley de presupuestos, o por la fuente del endeudamiento (Pallavicini, 2016: 211).

Se debe precisar de entrada que —desde una óptica dogmática-conceptual (*i. e.* jurídica)⁴— aquí se ha optado por la expresión “recursos financieros públicos”, como subgénero de los “recursos públicos”. Se entiende

4. Esta precisión resulta necesaria, pues la literatura nacional y extranjera disponible utiliza diversas nomenclaturas o expresiones para referirse al problema objeto de estudio, lo cual, entre otros factores, podría explicarse por la invasión de la jerga económica en esta materia. Este fenómeno reciente pareciera ocultar el importante desarrollo jurídico que tuvo desde los albores del derecho administrativo como disciplina universitaria (*v. gr.* la obra intelectual de Gaston Jèze) (Piron, 2022).

por aquellos los medios económicos con los que cuentan las Administraciones públicas y que utilizan o gestionan como gasto público que se autoriza o permite mediante la legalidad presupuestaria, para el cumplimiento de sus fines propios⁵. Se añade la expresión “financieros”, puesto que existen otros medios económicos que son considerados “activos no financieros”, tales como los bienes fiscales (Valdivia, 2019; Aparicio y Ramírez, 2022). Lo anterior tiene, por cierto, asidero en el derecho positivo vigente⁶, en cuyo marco resulta posible avanzar una clasificación entre (i) los recursos financieros públicos que pertenecen al patrimonio del fisco y son gestionados por la Administración central del Estado, (ii) los que pertenecen y son gestionados por otras personas jurídicas de derecho público, y (iii) los que son administrados por particulares, sean personas naturales o jurídicas, vía transferencias que se realizan a través de distintos mecanismos jurídicos, entre los cuales el principal es la subvención (García, 2012). En suma, se trata del control de la gestión del dinero que proviene de los contribuyentes y del cual dispone legalmente la Administración para desarrollar sus tareas (Rodríguez, 2018: 230).

Para abordar el tema antes delimitado, el presente trabajo se divide en tres partes. En la primera se aborda el control político que ejercen órganos representativos y el control administrativo, tanto interno como externo; luego, en la segunda parte, se desarrolla el régimen de responsabilidades por el uso indebido de recursos financieros públicos y el control judicial que aquello involucra; por último, se entregan algunas conclusiones sobre el tema estudiado.

2. El control político y administrativo de la gestión de los recursos financieros públicos

Como contextualización, debe tenerse en consideración que el Estado chileno es unitario-descentralizado (Valle, 2021) y que su régimen de gobierno es una democracia presidencialista (Ahumada, 2012). Lo primero, por cuanto la administración financiera del Estado —como su control— encuentra un centro de articulación e impulso político-jurídico: la Administración central a disposición del Gobierno que encabeza el Presidente, el cual es fiscalizado

5. La jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha sido consistente en señalar que, “en materia de administración de haberes públicos, el Estado y sus organismos deben observar el principio de legalidad del gasto, en virtud del cual los egresos que se autoricen sólo pueden emplearse para los objetivos y situaciones expresamente contemplados en la regulación aplicable” (Dictamen n.º 406.582, de 2023).

6. Decreto Ley n.º 1263 de 1975, Decreto Ley Orgánico de Administración Financiera del Estado.

políticamente por la Cámara de Diputados y jurídicamente por la Contraloría General de la República y los tribunales de justicia, cuya estructura piramidal reconduce finalmente a la Corte Suprema.

Lo anterior se enmarca en la garantía de las libertades propias de una democracia, que configuran un espacio público que permite la participación de la ciudadanía en las tareas gubernamentales y los asuntos administrativos. Lo dicho cuenta con sustento constitucional⁷ y es un principio básico de toda la administración pública⁸. La importancia del control ciudadano está documentada en la discusión especializada chilena, e interactúa usualmente de forma virtuosa con los controles institucionalizados, sea como consecuencia de aquellos o impulsándolos (Ramírez y Barría, 2020; Márquez y Riquelme, 2019; Pinochet, 2019).

2.1. El control político por órganos representativos y el control administrativo interno

De conformidad con la estructura territorial del Estado chileno, la legalidad presupuestaria se encuentra articulada en tres niveles territoriales: el nacional, el regional y el municipal, cada uno de los cuales se complementa con normativa administrativa de los entes territoriales respectivos (Gobiernos regionales y municipalidades). A nivel nacional, la Constitución encomienda al Presidente el “gobierno y la administración del Estado” (art. 24), lo cual, en materia presupuestaria, se expresa en la iniciativa exclusiva⁹ de toda legislación referente a “la administración financiera o presupuestaria del Estado” (inciso 3.º del art. 65), así como respecto a la ley de presupuestos (art. 67). Lo señalado previamente es uno de los rasgos propios del “fuerte” presidencialismo chileno y sus antecedentes históricos datan desde las primeras constituciones del siglo XIX (Szmulewicz, 2014).

En el seno del ejecutivo, la elaboración del proyecto de ley de presupuestos está a cargo de un servicio público especializado dependiente del

7. El inciso 5.º del artículo primero de la Constitución consagra “el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, desde el cual la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado el derecho a la participación ciudadana en la Administración pública, en general, y la local, en particular. Así, en su sentencia rol n.º 1868, del 20 de enero de 2011.

8. El inciso segundo del art. 3.º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado dispone que la Administración debe observar un conjunto de principios, entre ellos, la “participación ciudadana en la gestión pública”.

9. “Se trata de asuntos que sólo pueden iniciar su discusión legislativa cuando el Ejecutivo lo estima conveniente, sin que los parlamentarios puedan introducir mociones o proponer modificaciones en aquellas áreas incluidas dentro de estas materias” (Soto, 2009: 46).

Ministerio de Hacienda denominado “Dirección de Presupuestos”. Dicho proyecto es el resultado de un proceso previo que incluye distintos mecanismos de control de la eficaz y correcta ejecución presupuestaria del año anterior (Cornejo, 2021), en el marco de las definiciones políticas que haga el Gobierno en esta materia y la legislación sobre responsabilidad fiscal¹⁰ (Ffrench-Davis, 2016). Por otro lado, también le corresponde elaborar las propuestas de normas e instrucciones de ejecución presupuestaria que dicte el Ministerio de Hacienda y ejercer una “supervigilancia técnica” sobre las distintas “oficinas de presupuestos” que están insertas en distintas estructuras organizativas de los ministerios. A estas últimas les corresponde “velar por que la ejecución del Presupuesto se realice de acuerdo con las finalidades que señala la ley”¹¹.

Otro organismo importante en el autocontrol de la Administración es el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno. Este consejo es un órgano asesor del Presidente de la República cuyo objeto es asesorar en materias de auditoría interna y ayudar a fortalecer los procesos de gestión de riesgos, de control interno y de gobernanza de los órganos de la Administración del Estado, a través del análisis de la gestión respecto de la economía, eficiencia y eficacia; del cumplimiento de las normas y procedimientos, y de la protección de los recursos públicos y de la probidad¹².

Paralelamente a la dimensión de autocontrol antes señalada, según dispone la Constitución, corresponde a la Cámara de Diputados —en cuanto órgano colegiado— la fiscalización de los “actos del Gobierno” (numeral 1.º del art. 52), expresión que ha sido interpretada en términos amplios por la práctica política (*i. e.* se extiende tanto a los actos de gobierno en sentido estricto como a los de la Administración pública en general, incluyendo a las empresas del Estado) y cuyos antecedentes históricos son antiguos (González, 2014; García, 2011). Su dimensión política resulta innegable y se justifica

10. Ley n.º 20.128 sobre responsabilidad fiscal. En lo que concierne al marco institucional sobre esta materia, el legislador creó en 2019 el Consejo Fiscal Autónomo, el cual es un organismo administrativo autónomo, de carácter técnico y consultivo, cuyo objeto es “contribuir con el manejo responsable de la política fiscal del Gobierno Central” (art. 2.º de la Ley n.º 21.148 que crea el Consejo Fiscal Autónomo). Este consejo está integrado por cinco miembros que deben ser “expertos de reconocido prestigio profesional o académico en materias fiscales y presupuestarias”, los cuales son designados por el Presidente de la República previo acuerdo del Senado, adoptado por dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto (art. 3.º de la Ley n.º 21.148 que crea el Consejo Fiscal Autónomo). Cabe precisar que, en cuanto organismo perteneciente a la Administración del Estado, se encuentra sujeto a la fiscalización de la Contraloría General de la República. Sobre la extensión de sus atribuciones: Dictamen n.º 27.875, de 2019, de la Contraloría General de la República.

11. Decreto con Fuerza de Ley n.º 106, de 1960, del Ministerio de Hacienda.

12. Decreto Supremo n.º 17, de 2023, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

por tratarse de un órgano dotado de una importante legitimidad democrática, tanto por su elección directa como por expresar el pluralismo político de la sociedad chilena (Montalva, 2019: 34). Así, su objetivo es “influir en las decisiones políticas del Gobierno, ya sea para confirmar la línea política seguida o para disentir de la misma, de forma transparente y pública frente a la comunidad” (Bronfman *et al.*, 2013: 295).

La gestión de los recursos públicos financieros ha sido en varias ocasiones objeto de control mediante esta facultad genérica, lo cual se expresa en diversos instrumentos, tales como la adopción de acuerdos o la sugerencia de observaciones, la citación de un ministro de Estado a fin de formular preguntas relacionadas con las materias vinculadas al ejercicio de su cargo y la creación de comisiones especiales investigadoras para recabar informaciones¹³. Lo anterior institucionaliza una actividad política que culmina con un juicio o parecer acerca de determinados “actos del Gobierno”, en base a criterios jurídicos o de mérito, oportunidad o conveniencia; aunque, en definitiva, la finalidad última es generar un impacto en la opinión pública (Molina, 2018: 36).

La Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional establece que cada legislatura debe constituir una “comisión especial”, denominada Comisión Mixta de Presupuesto, la cual está integrada por el mismo número de diputados y senadores. Entre sus tareas, debe “realizar un seguimiento de la ejecución de la Ley de Presupuestos durante el respectivo ejercicio presupuestario. [...] [Para estos efectos,] podrá solicitar, recibir, sistematizar y examinar la información relativa a la ejecución presupuestaria que sea proporcionada por el Ejecutivo [...]. Contará para ello con una unidad de asesoría presupuestaria”¹⁴. Esta comisión controla también la política de responsabilidad fiscal en el marco de la legislación respectiva.

A nivel regional, la Constitución dispone que “[l]a administración superior de cada región reside en un gobierno regional, que tendrá por objeto el de-

13. Además de lo anterior, los arts. 9.º y 10.º de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional habilitan a cada diputado y senador a requerir informes y antecedentes específicos a los órganos que integran la Administración pública. Los antecedentes de esta facultad se encuentran en una reforma legal de 1959 (Palominos, 2019). Cabe mencionar que el ejercicio de estas atribuciones de control puede dar lugar a una “acusación constitucional” contra ciertas altas autoridades expresamente enumeradas en la Constitución, cuya admisibilidad es declarada por la Cámara de Diputados y luego juzgada por el Senado. La sanción es la destitución del cargo y la prohibición de ejercer funciones públicas por un período de cinco años.

14. Art. 19 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. La unidad de asesoría presupuestaria opera en la práctica, aunque se ha documentado que no ha operado tal como fue ideada (Montalva, 2019: 37-38).

sarrollo social, cultural y económico de la región. [...] El gobierno regional estará constituido por un gobernador regional y el consejo regional” (art. 111). Ambos órganos son elegidos mediante elección popular directa. El consejo es un “órgano normativo, resolutivo y fiscalizador, dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional. [...] [Corresponde] al consejo regional aprobar el proyecto de presupuesto de la respectiva región considerando, para tal efecto, los recursos asignados a ésta en la Ley de Presupuestos, sus recursos propios y los que provengan de los convenios de programación” (art. 113).

En su calidad de órgano fiscalizador del Gobierno regional, corresponde al Consejo “[f]iscalizar el desempeño del gobernador regional en su calidad de órgano ejecutivo del gobierno regional, como también el de las unidades que de él dependan o que ejerzan competencias propias del gobierno regional”¹⁵. Para estos efectos, cuenta con un conjunto de instrumentos de control: (i) la adopción de acuerdos o sugerencia de observaciones que se transmiten por escrito al gobernador regional y que debe responder fundadamente; (ii) la contratación de una auditoría externa que evalúe la ejecución presupuestaria y el estado de situación financiera del Gobierno regional; (iii) el encargo de auditorías internas al jefe de la unidad de control en materias específicas; y (iv) solicitar que el gobernador regional dé cuenta en una sesión especial de alguna materia específica¹⁶.

Le ley dispone que todo Gobierno regional debe contar con una unidad de control, la cual debe realizar su auditoría operativa interna, con el objeto de fiscalizar la legalidad de sus actuaciones y controlar su ejecución financiera y presupuestaria. Orgánicamente depende del gobernador regional y colabora directamente con el consejo regional en su función de fiscalización. En razón de lo anterior, le corresponde representar al gobernador regional los actos administrativos que estime ilegales, el cual debe adoptar las medidas necesarias para enmendarlo. En el caso de no hacerlo, esta unidad debe remitir los antecedentes a la Contraloría General de la República e informar por escrito al consejo regional¹⁷.

A nivel local, las municipalidades —a diferencia de los Gobiernos regionales— gozan de autonomía financiera, como una de las dimensiones de su

15. Art. 36, literal g), de la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.

16. Art. 36 bis de la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional. Además de lo anterior, cada consejero regional también puede requerir información y se le debe contestar fundadamente dentro del plazo de 30 días. Art. 36 ter LOCGAR.

17. Art. 68 quinquies de la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.

autonomía constitucional, razón por la cual determinan su propio presupuesto¹⁸. Los principales órganos de estos entes territoriales son el alcalde (su máxima autoridad) y el concejo municipal, ambos elegidos mediante elección popular directa. Este último ejerce funciones resolutorias, normativas y fiscalizadoras. Así, le corresponde fiscalizar el cumplimiento de los planes y programas de inversión municipales y la ejecución del presupuesto municipal, así como analizar el registro público mensual de gastos detallados que lleva la Dirección de Administración y Finanzas. Para cumplir esta tarea, puede citar o pedir información, a través del alcalde, a los organismos o funcionarios municipales cuando lo estime necesario para pronunciarse sobre las materias de su competencia y solicitar informes a las empresas, corporaciones, fundaciones o asociaciones municipales, y a las entidades que reciban aportes o subvenciones de la municipalidad.

El concejo, por la mayoría de sus miembros, puede disponer la contratación de una auditoría externa que evalúe la ejecución presupuestaria y el estado de situación financiera del municipio. Esta facultad puede ejercerse una vez al año en los municipios cuyos ingresos anuales superen las 6250 unidades tributarias anuales¹⁹, y cada dos años en los restantes municipios. No obstante lo anterior, el concejo puede disponer de la contratación de una auditoría externa que evalúe el estado de situación financiera del municipio, cada vez que se inicie un período alcaldicio²⁰.

La literatura especializada destaca la importancia del control interno en el ámbito local y señala que estos instrumentos interactúan de forma virtuosa con los demás mecanismos de control, puesto que “permiten aumentar la eficiencia y reducir los costos asociados a las actividades de control necesarias para identificar a aquellas municipalidades con mayor grado de riesgo” (Olate *et al.*, 2021: 49; Ahumada, 2022). Respecto al rol del concejo como órgano fiscalizador, estudios recientes concluyen que un riesgo importante es su eventual captura por parte del alcalde, quien —al manejar el presupuesto de la comuna— puede ofrecer programas específicos a los concejales (Lübbert, 2022: 15).

Por otro lado, en el contexto del marco de flexibilidad organizativa que habilita la ley, todas las municipalidades deben contar necesaria-

18. Sin embargo, estudios empíricos concluyen que “[...] las municipalidades chilenas no son independientes en relación a los recursos obtenidos, es decir, carecen de autonomía financiera, dado que los ingresos de la mayoría de estas representan una baja parte de los recursos totales necesarios para la operación municipal anual” (Olate *et al.*, 2021: 60). Esto sería así —según el mismo estudio—, pues existe —en la gran mayoría de las municipalidades— una alta dependencia de los recursos del Gobierno central.

19. Esto es, aproximadamente, 400 000 000 de pesos chilenos (*i. e.* US\$ 431 000).

20. Art. 80, inciso 3.º, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

mente con una unidad interna de control²¹, la cual tiene entre sus atribuciones controlar la ejecución financiera y presupuestaria municipal, así como colaborar directamente con el concejo para el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras. En razón de lo anterior, le corresponde representar al alcalde los actos municipales que estime ilegales, informando de ello al concejo, para cuyo objeto tendrá acceso a toda la información legalmente disponible.

Finalmente, existen dos mecanismos generales de autocontrol de la Administración que resultan aplicables a todos sus órganos y que, evidentemente, se extienden también a la gestión de los recursos financieros públicos: el control jerárquico permanente y la refrendación presupuestaria. El primero se contiene en el art. 11 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado²², y consiste en el deber de toda autoridad y jefatura de ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda. Dicho control se extiende tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones. En suma, tal como ha señalado la jurisprudencia, “debe ser realizado por la autoridad antes, durante y después de la actuación, de modo que no existen actuaciones ajenas o exentas de control”, y abarca la debida protección del patrimonio público (Pallavicini, 2016: 228-230).

El art. 100 de la Constitución dispone que se prohíbe a las tesorerías del Estado efectuar cualquier tipo de pago sin un acto administrativo expedido por una autoridad competente, en el cual se exprese el fundamento legal que lo autoriza y siempre que se haya efectuado previamente la respectiva “refrendación presupuestaria” del documento que ordena el pago (*i. e.* que se ha corroborado la existencia de recursos suficientes)²³. En definitiva, esta antigua institución constituye un eficiente mecanismo de operatividad de la legalidad presupuestaria.

21. Art. 29 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

22. Esta norma se reitera en las leyes que establecen el estatuto tanto de los funcionarios de la Administración del Estado como de los funcionarios municipales.

23. Esta exigencia también se contiene en el art. 56 de la Ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República: “Todo pago de fondos públicos que se efectúe con cargo al Presupuesto o a leyes especiales, se hará por medio de decreto supremo o, cuando una ley expresamente lo autorice, por resolución, girado contra las respectivas Tesorerías y expedido, ya directamente a la orden del acreedor o de un empleado pagador. Los decretos o resoluciones de pago deberán precisamente indicar el ítem del Presupuesto o la ley especial a que deben imputarse”.

2.2. El control administrativo externo de la Contraloría General de la República

Aunque la Contraloría General de la República integra la Administración del Estado²⁴, cuenta con una importante independencia del Gobierno y las Administraciones públicas. Es por ello que constituye el principal órgano de control administrativo externo. Por otro lado, el control judicial está encomendado a los tribunales de competencia común, cuya vía recursiva puede llegar hasta la Corte Suprema. Aunque la Contraloría es una institución que presenta similitudes con otras existentes en la región, sus rasgos particulares e importancia constituyen rasgos de identidad del derecho administrativo chileno (Obando y Allesch, 2015). Por su parte, el control judicial constituye un pilar fundamental del Estado de derecho chileno y ha adquirido en las últimas décadas un mayor protagonismo en el sistema de control (Ferrada, 2021; Cordero, 2020b).

El art. 98 de la Constitución dispone que la Contraloría General de la República es un “organismo autónomo”, el cual “ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”. Desde sus orígenes —en 1927— fue pensada como un organismo que tendría, entre otras, la finalidad de controlar el gasto público, razón por la cual “tuvo un inicio principalmente financiero, respondiendo a aquel objetivo de simple ordenación y restricción del gasto” (Letelier, 2015: 289; Silva, 2018: 149-164)²⁵. Dado que debía constituirse en un contrapeso a una Administración pública dirigida centralmente por el Presidente de la República, siempre —en tiempos democráticos— se ha caracterizado por su independencia, así como por la centralidad de su poder en la figura del Contralor General de la República (Letelier, 2015: 291).

Su máxima autoridad —el Contralor— es designado por el Presidente de la República con el acuerdo del Senado, que —a su vez— debe adoptarse por

24. Art. 1.º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

25. De hecho, en la fundamentación de la ley que la creó se habla de “la desorganización que existe en la fiscalización de los ingresos nacionales y en la inversión de los dineros fiscales, [...] [la cual] ha producido una situación que ha causado verdadera alarma pública por los desgraciados y pavorosos sucesos y defraudaciones en la recaudación e inversión de los fondos públicos, descubiertas en diversos servicios” (Letelier, 2015: 290).

tres quintos de sus miembros en ejercicio. Dicho cuórum, en el contexto del sistema político chileno, implica un importante poder de negociación de la oposición política, el cual usualmente se traduce en un poder de veto; en otros términos, su designación es el resultado de una decisión consensuada entre el Gobierno y las fuerzas de oposición. Esto explica que la autonomía constitucional se traduzca, en la práctica, en una efectiva independencia que habitualmente contrapesa (incluso incomoda) a quienes desempeñan labores gubernamentales (Jiménez, 2023: 169). Esta autoridad ejerce su cargo por ocho años, no renovables por otro período, y hasta cumplir 75 años de edad.

La clasificación tradicional de las funciones de la Contraloría distingue entre la función jurídica, la función de auditoría, la función de control del personal de la Administración del Estado, la función de contabilidad general de la nación y la función de juzgamiento de cuentas (Letelier, 2015: 294-298). En este trabajo se expondrán aquellas relevantes en el control de la gestión de los recursos financieros públicos.

La función jurídica consiste en un control de legalidad —que incluye también la constitucionalidad— de la actuación administrativa, el cual se ejerce principalmente a través de dos instrumentos: la toma de razón y la emisión de dictámenes²⁶. Ambos permiten verificar, entre otras materias, la legalidad de la gestión de los recursos financieros públicos, en cuanto dimensión especial de la legalidad administrativa. Así, *v. gr.*, en la toma de razón de contratos administrativos que involucren montos importantes, como en la interpretación de la ley de presupuestos o las facultades de la Dirección de Presupuestos.

En breve síntesis, la toma de razón consiste en una revisión preventiva de la legalidad de los actos administrativos —que se encuentran sujetos a este control— dictados por los servicios públicos²⁷, mientras que los dictámenes son pronunciamientos de la Contraloría que se emiten de oficio o a solicitud de autoridades, parlamentarios, órganos estatales o particulares, mediante los cuales se informa acerca de la correcta interpretación y aplicación de las normas en materias de su competencia (Letelier, 2015: 295)²⁸. Los

26. Se añade usualmente también la denominada “refrendación de deuda pública”, la cual consiste en una especie de autorización de los documentos de deuda emitidos por los servicios públicos (Letelier, 2015: 296).

27. Este instrumento, cuyos antecedentes históricos datan del siglo XIX, ha sido objeto de una profunda modernización en el año 2019 a través de las resoluciones 6, 7 y 8 de 2019 de la Contraloría General de la República (Aldunate, 2005; Guzmán, 2019).

28. La propia Contraloría ha señalado que “[m]ediante los dictámenes, entonces, se realiza un trabajo de análisis e interpretación para fijar, con efectos generales y fuerza vinculante, el

dictámenes en su conjunto conforman la llamada “jurisprudencia administrativa”, la cual constituye “una suerte de acervo jurídico de la interpretación correcta de las normas jurídicas que afectan a la Administración” (Letelier, 2015: 296) y que resulta obligatorio o vinculante para todos los órganos de la Administración (Letelier, 2015: 295-296)²⁹. Los tribunales de justicia pueden controlar el ejercicio de la potestad dictaminante de la Contraloría General, lo cual ha sido precisado por la jurisprudencia de la Corte Suprema, la cual señala que aquello tiene por finalidad “verificar si en su ejercicio decidió de un modo ilícito [...], lo que supone comprobar si el organismo fiscalizador ha respetado sus precedentes” (Cordero, 2020a: 132).

Por su parte, la auditoría se define normativamente como “el proceso de análisis, crítico, metodológico y sistemático, de examen de todas o algunas de las actuaciones, operaciones o programas ejecutados por el auditado, iniciado de oficio o a petición de terceros”³⁰, esto es, constituye “la fiscalización de que el ingreso y el gasto de los fondos públicos se realicen de acuerdo a la legislación vigente” (Letelier, 2015: 296). Según la jurisprudencia de la propia Contraloría, tiene por objeto “velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público, la probidad administrativa y la inversión de los fondos públicos, como asimismo de verificar la exactitud o razonabilidad de los respectivos estados financieros y la observancia de los principios de eficacia, eficiencia y economicidad en el uso de los recursos públicos, según corresponda”³¹.

Cabe destacar que los servicios sujetos a este instrumento de control son muchos más que los sometidos a la toma de razón, lo cual incluye a particulares que perciben recursos públicos “a título de subvención o aporte del Estado para una finalidad específica y determinada”³², así como las entidades privadas en las que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones tengan aportes de capital mayoritario, “para los efectos de cautelar el cumplimiento de los fines de estas entidades, la regularidad de sus operaciones

verdadero sentido y alcance de normas legales o reglamentarias, lo que permite dar uniformidad a su aplicación a lo largo del territorio nacional” (Dictamen n.º 428343, de 2023).

29. El art. 19 de la Ley n.º 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República dispone que “los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición”.

30. Art. 18 de la Resolución n.º 20 de 2015 de la Contraloría General de la República.

31. Dictamen n.º 428343, de 2023.

32. Art. 25 de la Ley n.º 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

y hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados”³³. Lo anterior —de conformidad con una reciente jurisprudencia— ha tenido especial importancia en materia municipal³⁴.

La resolución respectiva de la Contraloría dispone que existen tres tipos de auditorías: (i) las de cumplimiento, cuya finalidad es verificar que las actuaciones, operaciones, sistemas y programas y los aspectos de probidad cumplen con el marco jurídico que rige al auditado; (ii) la auditoría financiera, que tiene por objeto determinar la exactitud y/o razonabilidad de la información financiera de un auditado con el marco de referencia de emisión y regulatorio aplicable; y, finalmente, (iii) la auditoría general, que tiene por finalidad velar por el cumplimiento de las normas jurídicas aplicables al auditado³⁵. Finalmente, cuando se trata de investigar hechos o situaciones puntuales, la auditoría adopta la denominación de “investigación o inspección”³⁶, según sea el caso³⁷.

Las auditorías pueden comprender también un “examen de cuentas”, esto es, una “revisión de los hechos económicos registrados en las cuentas de los auditados y su documentación de respaldo, relacionada con la custodia, administración, recaudación, recepción, inversión, pago o, en su caso, rendición de recursos”³⁸. A través de este examen, se verifica la legalidad, fidelidad de la documentación de respaldo, acreditación, exactitud de los cálculos, proporcionalidad e imputación que debe concurrir en las cuentas que se informan y presentan a la Contraloría³⁹.

El resultado de la función de auditoría es un “Informe Final u Oficio de Auditoría”, en el cual se indican la normativa aplicable a la materia auditada, ciertos antecedentes generales de lo analizado, el alcance de la auditoría, la metodología utilizada y las “observaciones” que realiza la Contraloría, *i. e.* las irre-

33. Art. 16 de la Ley n.º 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

34. Dictamen n.º 235.694, de 2022, en el cual se concluyó que “en consideración a las amplias facultades que el artículo 136 de la ley N.º 18.695 entrega a esta Contraloría General respecto de las corporaciones, fundaciones o asociaciones municipales, cualquiera sea su naturaleza, para fiscalizarlas de modo análogo que a los órganos de la Administración del Estado, no se advierte motivo para excluirlas del mismo régimen de responsabilidad en el manejo financiero de los fondos de origen público que gestionen, incluso si no cuentan con personalidad jurídica, como ocurre con ciertas asociaciones municipales”.

35. Inciso segundo del art. 18 de la Resolución n.º 20 de 2015 de la Contraloría General de la República.

36. Art. 19 de la Resolución n.º 20 de 2015 de la Contraloría General de la República.

37. Arts. 20 y 21 de la Resolución n.º 20 de 2015 de la Contraloría General de la República.

38. Art. 24 de la Resolución n.º 20 de 2015 de la Contraloría General de la República.

39. *Idem*.

gularidades detectadas⁴⁰. Una unidad interna especializada del ente contralor realiza un posterior “seguimiento” de las correcciones necesarias para subsanar las “observaciones”. En el contexto de esta función, la Contraloría realiza también procedimientos disciplinarios destinados a establecer la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos por las irregularidades que detecte; sin embargo, esta materia se analizará en la sección siguiente.

Por otro lado, la función de contabilidad consiste en “la recopilación y procesamiento de los hechos económicos de las entidades públicas que se encuentran en la cobertura del Sistema de Contabilidad General de la Nación. Del mismo modo instruye a los servicios con normas sobre contabilidad y prepara informes consolidados sobre esas cuentas” (Letelier, 2015: 298)⁴¹. Finalmente, cabe señalar que la función de juzgamiento de cuentas permite establecer la responsabilidad patrimonial de los funcionarios que administran recursos financieros públicos, materia que también se aborda en la sección siguiente.

3. El control judicial y la responsabilidad ante el uso indebido de recursos financieros públicos

En esta sección se desarrollan las responsabilidades que genera el uso indebido de recursos financieros públicos, lo cual reconduce necesariamente al control judicial de la Administración pública chilena. El contencioso administrativo es un asunto especialmente debatido en la literatura jurídica especializada, en parte debido a la fragmentación y asistematicidad de la legislación aplicable (Ferrada, 2021: XI).

A ese esquema general no se añade usualmente el estudio de los denominados “delitos funcionarios”, cuestión que resulta cuestionable, puesto que la existencia, operatividad y ampliación de la persecución penal de los funcionarios públicos repercute necesariamente en la acción pública; es decir, se trata de un asunto que no puede soslayarse por el derecho administrativo, aunque suponga un tránsito hacia la —tan sofisticada como compleja— dogmática del derecho penal. En efecto, el control de la acción pública resulta indisociable de esta dimensión normalmente ausente en el trabajo de los administrativistas.

40. Arts. 50, 51 y 52 de la Resolución n.º 20 de 2015 de la Contraloría General de la República.

41. En la actualidad esta tarea está regulada, principalmente, en tres resoluciones: (i) Resolución n.º 16 de 2015 sobre el Sistema de Contabilidad General de la Nación NICSP-CGR para el Sector Público; (ii) Resolución n.º 3 de 2020 sobre el Sistema de Contabilidad General de la Nación NICSP-CGR para el Sector Municipal; y (iii) Resolución n.º 4.848 de 2020 sobre normativa contable para las instituciones de educación superior del Estado.

En suma, quienes gestionan recursos financieros públicos —tanto funcionarios públicos como particulares— están sometidos a un régimen de distintos tipos de responsabilidad: responsabilidad administrativa, patrimonial y penal. Al igual que otros mecanismos de control, estas interactúan entre sí y, con ello, condicionan la acción pública.

3.1. La responsabilidad administrativa y patrimonial de quienes gestionan recursos financieros públicos

La Administración pública puede sancionar a quienes gestionen indebidamente los recursos financieros públicos, mediante sanciones administrativas a los particulares y medidas disciplinarias a los funcionarios públicos (Bermúdez, 2007: 39). El fundamento de las últimas está en su estructura jerarquizada, la cual genera un deber de disciplina y obediencia a las instrucciones impartidas por el superior jerárquico (Montero, 2015: 116). En concreto, las sanciones pueden consistir en una censura o reproche por escrito, multa (*i. e.* privación de un porcentaje de la remuneración mensual), suspensión del empleo o destitución.

En el ámbito disciplinario, está asentado en el derecho chileno el denominado principio de independencia de las responsabilidades, esto es, que la sanción disciplinaria es independiente de la responsabilidad civil o patrimonial y de la penal. Por lo tanto, la decisión que se adopte en un proceso penal no excluye la posibilidad de aplicar una medida disciplinaria en razón de los mismos acontecimientos (Montero, 2015: 122-123). Las infracciones de los deberes y obligaciones propios de los funcionarios públicos —que fueren susceptibles de una medida disciplinaria— deben ser acreditadas en el respectivo procedimiento administrativo⁴² y deben aplicarse considerando su gravedad y las circunstancias atenuantes o agravantes que se establezcan. Aquellos procedimientos son instruidos por la Administración pública a la cual está adscrito el funcionario concernido, quien adopta la decisión final, salvo en aquellos casos en que lo realiza la Contraloría General, sea por disposición legal especial o razones de oportunidad (Olguín, 2023; Ponce, 2020; Díaz y Urzúa, 2018).

Por regla general, los funcionarios que reciban una orden o instrucción que consideren ilegal deben representarlas por escrito al respectivo jerarca y, de esa forma, quedan exentos de toda responsabilidad si el superior insis-

42. En la legislación chilena son de dos tipos: la investigación sumaria y el sumario administrativo, que se distinguen por las mayores garantías de este último en atención al hecho que puede adoptar medidas más gravosas.

te en su decisión. Lo anterior cuenta con una norma especial en materia de legalidad presupuestaria, según la cual los oficiales de presupuestos deben representar por escrito las órdenes que reciban de sus jefes respectivos o el propio ministro, las cuales solo pueden insistirse por orden escrita de este último. En ese caso, se debe dar cuenta de esta situación a la Dirección de Presupuestos y a la Contraloría General. Solo de procederse así queda saneada o exenta la responsabilidad del oficial de presupuestos⁴³. Lo anterior es importante, puesto que los oficiales de presupuestos y su respectiva jefatura son solidariamente responsables de los perjuicios que ocasione la inobservancia de las leyes o reglamentos sobre los fondos fiscales. En suma, la representación de órdenes ilegales permite eximir de responsabilidad administrativa y patrimonial a estos funcionarios tan importantes en la gestión de los recursos financieros públicos.

Por otro lado, existe una responsabilidad similar a la anterior, también de índole administrativa, que determinan órganos administrativos fiscalizadores (en el derecho chileno varios de ellos se denominan “Superintendencia”) —que presentan similitudes con las denominadas “agencias independientes” del derecho (administrativo) comparado— (Cordero y García, 2012). Se trata de aquellas sanciones administrativas que se imponen a particulares que gestionan recursos financieros públicos, transferidos desde la Administración pública, por su utilización indebida. En general, al igual que en las sanciones disciplinarias, rige el principio de independencia de responsabilidades. Cabe mencionar que la legislación establece ciertos instrumentos especiales de control de estos recursos en manos privadas, entre los cuales la rendición de cuentas del sector de educación resulta paradigmática. Finalmente, todo ese esquema encuentra un mecanismo de “supracontrol” constituido por las facultades propias de la Contraloría General, que, a su vez, controla dichas “agencias”.

Tal como se ha mencionado previamente, las infracciones de las exigencias legales en la gestión de estos recursos no conllevan solo una responsabilidad de tipo administrativo de los funcionarios públicos, sino también una de índole patrimonial o civil consistente en la reparación del daño causado al patrimonio público. Esta última también aplica a aquellos particulares que gestionan recursos financieros públicos de un órgano público. Sin embargo, existe un mecanismo bastante particular y propio del derecho chileno respecto a ciertos sujetos, el denominado “juicio de cuentas”, que es sustanciado y resuelto por un órgano inserto en la Contraloría General —el Tribunal de Cuentas— y que, para estos efectos, se entiende que ejerce juris-

43. Art. 16 Decreto con Fuerza de Ley n.º 106, de 1960, del Ministerio de Hacienda.

dicción, por expreso mandato constitucional y legal (Caldera Delgado, 1978: 113-114; Cerda Cattán, 2013: 60).

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que “el juicio de cuentas es un procedimiento de carácter contencioso administrativo en que se busca establecer la responsabilidad extracontractual de quienes se encontraban a cargo de la administración de fondos públicos, cuya cuenta, una vez realizado el examen, ha resultado reparada”⁴⁴. De este modo, “existe un órgano que ejerce funciones de examen de cuentas [la Contraloría General] y otro ente jurisdiccional asociado orgánicamente al primero [el Tribunal de Cuentas] pero distinto del fiscalizador, que determina la responsabilidad de los cuentadantes y ejerce sus funciones en forma independiente” (Cerda Cattán, 2013: 61; Jara Schnettler, 2012). En otros términos, el juicio de cuentas es el resultado de un control previo (*v. gr.* una auditoría) en el cual se objeta alguna rendición de cuenta (*i. e.* se formula un “reparo”)⁴⁵.

El Tribunal de Cuentas está regulado en la ley que creó la Contraloría General, la cual atribuye al Subcontralor General la primera instancia y a un órgano colegiado la segunda, constituido por el Contralor General —que lo preside— y dos abogados que hayan destacado en la vida profesional o universitaria, los cuales son designados por el Presidente de la República a propuesta en terna del Contralor General. Por último, las sentencias de segunda instancia pueden ser revisadas por la Corte Suprema, mediante el denominado “recurso de queja”⁴⁶, hipótesis ya asentada por la jurisprudencia.

En breve síntesis, para configurar la responsabilidad civil extracontractual que se establece en este proceso, deben concurrir la totalidad de sus elementos constitutivos, esto es, daño, imputabilidad de la acción u omisión y relación causal entre los dos primeros. Es decir, se requiere precisar el efectivo grado de participación que pueda haber a los demandados. Además, se debe establecer la calidad de cuentadante, esto es, que se trate de una persona que reciba, custodie, administre o pague con fondos de las entida-

44. Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 161.963-2023, de fecha 21 de noviembre de 2021.

45. Se lo define como “un acto negativo o de rechazo de la cuenta que comporta una crítica específica a la misma, en el sentido de que ésta adolece de vicios de fondo, no subsanables en cuanto a su legalidad y a la documentación que la sustenta. [...] Tiene la virtud de ser el acto jurídico procesal de parte calificado por la ley como idóneo para iniciar propiamente el denominado ‘juicio de cuentas’” (Jara Schnettler, 2012: 139).

46. En el derecho chileno se entiende por tal “un medio de impugnación que tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de sentencias interlocutorias que pongan fin al juicio o hagan imposible su continuación, o en sentencias definitivas, que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario” (art. 545 del Código Orgánico de Tribunales).

des sometidas a la fiscalización de la Contraloría, y que son responsables de su uso, abuso o empleo ilegal y de toda pérdida o deterioro imputables a su dolo o culpa (Montero, 2015: 124)⁴⁷.

Por último, los particulares que gestionan recursos financieros públicos también responden por los daños patrimoniales que causen al patrimonio público de conformidad con las reglas generales, esto es, según las disposiciones del Código Civil. Hace excepción a lo anterior la existencia de un servicio público cuyo objeto es defender los intereses del Estado ante los tribunales de justicia; se trata del Consejo de Defensa del Estado, el cual, por lo demás, tiene también importantes atribuciones en materia de responsabilidad penal.

3.2. La responsabilidad penal de quienes gestionan recursos financieros públicos

La última dimensión que se aborda en este trabajo es la responsabilidad penal de quienes gestionan recursos financieros públicos, esto es, funcionarios públicos y particulares a quienes se transfieren aquellos con fines de interés general. Tal como corresponde a un Estado de derecho, esta responsabilidad es determinada por los tribunales de justicia.

La responsabilidad penal constituye una dimensión del control judicial subdesarrollada desde el derecho administrativo chileno, posiblemente porque exige un tránsito hacia la dogmática penal que hace percibirla como ajena a lo que se entiende ser el objeto de estudio disciplinar. Sin embargo, lo anterior es un error, al menos por dos razones: en primer lugar, porque la probabilidad y efectividad de establecimiento de responsabilidades penales influye en el actuar de los funcionarios públicos, y (esta es la segunda razón) por lo mismo, la acción de la Administración pública resulta condicionada por la amplitud e intensidad de la persecución penal (Shavell, 2004: 492-514). En efecto, que toda incorrección o incumplimiento en los de-

47. En esta materia, la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia ha señalado que “tanto el artículo 98 de la Constitución Política como el propio artículo 85 de la Ley N° 10.336 hacen extensiva la responsabilidad pecuniaria derivada del examen y juzgamiento de las cuentas no sólo a los servidores estatales, sino en general a toda persona que reciba fondos o bienes públicos en tenencia, administración o custodia, de modo que bajo la denominación de ‘cuentadante’ deben considerarse incluidos tanto funcionarios públicos como, asimismo, toda persona, aun privada, que perciba o recepcione recursos de fuente estatal para afectarlos a un fin público determinado” (Sentencia n.º 732, de 30 de diciembre de 2016). El criterio anterior ha sido aplicado a los trabajadores de las entidades de derecho privado que pueden constituir los municipios (Dictamen n.º 235.694, de 2022).

beres y obligaciones legales conlleve o pueda conllevar una responsabilidad especialmente gravosa —como la penal— aumenta la propensión a la adopción de “decisiones defensivas” (Artinger *et al.*, 2019: 11-12), las cuales, a su vez, suponen un sacrificio de los intereses generales, puesto que es menos probable que se adopten las mejores decisiones. De este modo, el desafío propio del derecho administrativo (tanto a nivel dogmático como científico) es equilibrar las dimensiones del control para, de ese modo, permitir una cultura de una razonable tolerancia al error que no signifique un aumento de propensión a él, ni, menos aún, de faltas a la probidad (Artinger *et al.*, 2019: 22-23; Gutiérrez, 2018). Desde una perspectiva dogmática, lo anterior debería operar como una directriz para la reconstrucción del principio de independencia de responsabilidades en el derecho chileno.

En los últimos años ha existido una tendencia legislativa a sancionar penalmente a funcionarios públicos que incurran en actos corruptos; entre otros factores, aquello se explica por exigencias de tratados internacionales que ha ratificado Chile (Artaza, 2016). Esto ha sido objeto de reproche desde una perspectiva de política criminal, puesto que no sería la vía más idónea para responder a las causas de los actos corruptos (Hernández, 2006: 217-219).

El derecho penal chileno establece un conjunto de tipos penales para sancionar a funcionarios públicos y particulares que hacen un uso indebido de recursos financieros públicos o, en general, afectan el patrimonio de Administraciones públicas. En razón de ello, un sector de la doctrina penal afirma que “el bien jurídico comúnmente protegido por este grupo de figuras sea, tanto el patrimonio estatal como la actividad que ejercen los entes públicos tendientes a la obtención de ingresos y a la realización de gastos para la satisfacción de necesidades colectivas” (Mayer, 2007: 231). Una de aquellas figuras es el delito de fraude de subvenciones (art. 470 del Código Penal), el cual sanciona a quienes fraudulentamente obtienen del fisco, las municipalidades y demás instituciones del Estado, prestaciones improcedentes, tales como remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas. De forma paralela, la legislación ha tipificado también hechos similares respecto a beneficios tributarios, aduaneros y de fomento (Mayer, 2009).

La malversación de caudales públicos está tipificada de tres formas en los arts. 233 a 235 del Código Penal. Así, se castiga en primer lugar al “empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o particulares en depósito, consignación o secuestro, los substrajere o consintiere que otro los substraiga” (art. 233). Se tipifica también el denominado desfal-

co o distracción, que comete el “empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos su disposición” (art. 235), morigerando la pena en caso de que no se produzca daño o entorpecimiento. Finalmente, se castiga también la llamada sustracción culposa, en la que incurre el “empleado público que, por abandono o negligencia, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción” (art. 234) (Matus y Ramírez, 2021: 299-300).

La legislación chilena castiga también el delito denominado aplicación pública diferente (art. 236 del Código Penal), el cual comete “el empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados”. La doctrina penal señala que supone la inexistencia de perjuicio al patrimonio público, por lo cual se trataría de un incumplimiento respecto a los deberes que le impone el cargo. En concreto, el sujeto activo debe administrar los fondos que aplica, esto es, tener capacidad de disposición sobre ellos, conforme a las reglas del derecho administrativo. Además, los fondos objeto material de este delito deben tener una destinación específica diferente de aquella en que se aplican, según las exigencias propias de la legalidad presupuestaria. Dado que la aplicación diferente debe ser arbitraria, no se ha entendido que incurre en este delito quien la realiza con la finalidad de “una mayor eficacia del Servicio para hacer frente a una contingencia” (Matus y Ramírez, 2021: 306-307)⁴⁸.

El delito de fraude al fisco está tipificado en el art. 239 del Código Penal y “sanciona una especial forma de fraude por engaño, en que el autor es un empleado público y la víctima, el Fisco [...]. Puesto que en este caso el empleado público utiliza un ardid para obtener la disposición de fondos a su favor o de un tercero” (Matus y Ramírez, 2021: 308). Así, lo comete el “empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o establecimientos públicos de instrucción o beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo”.

Por otro lado, el art. 241 bis del Código Penal establece otro delito, que castiga al “empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado”, el cual, por su am-

48. Se critica la existencia de este tipo, puesto que “se trata de un delito de difícil comprensión político criminal, pues se sanciona como delito una falta administrativa que no produce perjuicio y que, ni siquiera, es un hecho prohibido absolutamente, pues los cambios de destinaciones de fondos son una práctica común en la administración, por lo que parecen suficientes los resguardos administrativos disponibles en la actualidad, especialmente mediante sistemas informáticos, para evitar cualquier imputación arbitraria de gastos” (Matus y Ramírez, 2021: 307).

plitud, configura un tipo residual de delitos funcionarios (Matus y Ramírez, 2021: 298; Hernández, 2006: 215). Por último, cabe precisar que el Código Penal (art. 260) dispone una definición amplia o funcional de “empleado público”, la cual comprende en dicha categoría a “todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado”; añade que “no obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

4. Conclusiones

El esquema desarrollado en este trabajo permite afirmar la efectiva existencia de un sistema de control de la gestión de recursos financieros públicos en el derecho administrativo chileno, el cual involucra distintos tipos de responsabilidades. Estas últimas, a su vez, aunque son independientes, están íntimamente vinculadas, puesto que su amplitud e intensidad que configura la práctica jurídica repercute en el quehacer de la Administración pública.

Una tarea pendiente de la disciplina es entregar herramientas que permitan a los operadores jurídicos, en especial al legislador, equilibrar los mecanismos de control, para alcanzar un óptimo de efectiva protección del patrimonio público y promoción de probidad, sin que ello implique renunciar a la eficacia administrativa. La lucha contra la corrupción no debe implicar impedir que la gestión pública cumpla con su finalidad última: la satisfacción de aquellas necesidades que explican nuestra vida en comunidad.

5. Bibliografía

- Ahumada, A. (2022). La administración local y los mecanismos anticorrupción: relevancia del fortalecimiento interno. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 8, 177-186.
- Ahumada, P. (2012). La administración presidencial y el control de la burocracia. *Revista de Derecho Público*, 76, 149-168.
- Aldunate, E. (2005). La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 26, 19-30.
- Aparicio, R. y Ramírez, J. (2022). Análisis del proceso de control de inventarios en instituciones públicas chilenas: principales aspectos que emergen en la gestión de bienes públicos y propuestas de mejora, para fortalecer la eficiencia de los procesos, su probidad y transparencia. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 8, 63-97.

- Artaza, O. (2016). La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho. *Política Criminal*, 21, 307-339.
- Artinger, F., Artinger, S. y Gigerenzer, G. (2019). C.Y.A.: frequency and causes of defensive decisions in public administration. *Business Research*, 12, 9-25.
- Bermúdez, J. (2007). La protección del patrimonio público a través de instrumentos administrativos. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 14, 21-41.
- Boto, A. (2023). Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital. *Documentación Administrativa*, 10, 40-58.
- Bronfman, A., Cordero, E. y Aldunate, E. (2013). *Derecho parlamentario chileno. Funciones y atribuciones del Congreso Nacional*. Santiago: Legalpublishing.
- Caldera Delgado, H. (1978). El juicio de cuentas. *Revista de Derecho Público*, 24, 113-143.
- Cerda Cattán, Á. (2013). El juzgado de cuentas y sus atribuciones. *Revista de Derecho Público*, 79, 55-81.
- Cordero, L. (2020a). El control de la Corte Suprema sobre los precedentes de la Contraloría General de la República. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 4, 125-135.
- (2020b). *El Derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia*. Santiago: Ediciones DER.
- Cordero, L. y García, J. (2012). Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias. *Anuario de Derecho Público*, 415-435.
- Cornejo, M. (2021). Herramientas para el análisis de la ley de presupuestos del sector público. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 5, 67-97.
- Di Donato, L. (2023). Defensive Behaviour and Bad Regulation: Problems and Remedies. *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 3, 1-23.
- Díaz García, L. I. y Urzúa Gacitúa, P. (2018). Procedimientos administrativos disciplinarios en Chile. Una regulación vulneradora del derecho fundamental al debido proceso. *Revista Ius et Praxis*, 24 (2), 183-222.
- Ferrada, J. (2021). *Justicia Administrativa*. Santiago: Ediciones DER.
- Ffrench-Davis, R. (2016). La experiencia de Chile con el balance fiscal estructural. *Cuadernos de Economía*, 35, 149-171.
- García, A. (2011). Fiscalización parlamentaria de los actos de gobierno. *Revista de Derecho Público*, 75, 35-50.
- García, W. (2012). La subvención administrativa: concepto y régimen jurídico. *Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, 2, 61-92.

- González, O. (2014). Atribución fiscalizadora de la Cámara de Diputados. *Revista Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios*, 10, 103-126.
- Gutiérrez, E. (2018). Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el *Public compliance* como herramienta de prevención de riesgos penales. *Política Criminal*, 25, 104-143.
- Guzmán, E. (2019). Innovación en la toma de razón. Análisis de la nueva resolución. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 1, 213-234.
- Hernández, H. (2006). El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 27, 183-222.
- Jara Schnettler, J. (2012). Caducidad y notificación del reparo en el Juicio de Cuentas. *Revista de Derecho Público*, 77, 135-162.
- Jiménez, G. (2023). ¿Por qué los particulares litigan en la Contraloría? La potestad dictaminante como foro de resolución de disputas. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 37, 165-192.
- La Rosa, G. (2021). La “paura della firma” e la pillola avvelenata nel d.l. Simplificazioni 2020: prime considerazioni sui nuovi confini della responsabilità amministrativa. *Diritti Fondamentali*, 3, 171-187.
- Letelier, R. (2015). Contraloría General de la República. En J. Bassa, J. Ferrada y C. Viera (eds.). *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política* (pp. 285-314). Santiago: LOM.
- Lübbert, V. (2022). Desafíos de anticorrupción en municipios en Chile. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 8, 9-31.
- Márquez, M. y Riquelme, L. (2019). La participación en el presupuesto público chileno. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 2, 73-99.
- Matus, J. y Ramírez, M. (2021). *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (4.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mayer, L. (2007). El patrimonio del Estado como objeto de protección penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 29, 205-234.
- (2009). Obtención fraudulenta de prestaciones estatales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 32, 283-325.
- Molina, D. (2018). Ejercicio actual de la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados: análisis empírico de acuerdos y observaciones. *Revista Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios*, 18, 35-49.
- Montalva, C. (2019). Control del presupuesto público. Rol del Congreso Nacional y de la Contraloría General de la República. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 1, 29-48.
- Montero, C. (2015). La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos: un estudio introductorio. *Revista de Derecho Público*, 82, 111-141.

- Nieto, A. (1975). La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo. *Revista de Administración Pública*, 76, 9-30.
- Obando, I. y Allesch, J. (2015). Una perspectiva histórica y comparada sobre la Contraloría General de la República de Chile. *Dereito, Estado e Sociedade*, 46, 156-191.
- Olate, C., Herrera, C., Arenas, F. y Santander, V. (2021). Los principales vectores financieros en la gestión de recursos municipales. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 5, 47-66.
- Olgúin, A. (2023). La unidad de sumarios de la Contraloría General de la República. Origen y evolución. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 9, 35-56.
- Pallavicini, J. (2016). El principio de legalidad del gasto público en materia financiera. *Anuario de Derecho Público*, 209-230.
- Palominos, X. (2019). Facultad de los parlamentarios de solicitar informes y antecedentes específicos a la Administración del Estado. Aspectos críticos en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República. *Revista Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios*, 19, 51-64.
- Pinochet, O. (2019). Participación ciudadana en la gestión pública local: el caso de la comuna de Pudahuel. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 1, 99-128.
- Piron, D. (2022). Le contrôle des finances publiques, contours et enjeux. En D. Piron (ed.). *Le contrôle administratif et juridictionnel des finances publiques* (pp. 1-21). Bruselas: Larcier.
- Ponce, P. (2020). Derecho a recurso, destitución y delegación de funcionarios públicos. Consideraciones en torno a un dictamen de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 32, 201-212.
- Ramírez, A. y Barría, D. (2020). Participación ciudadana en la Administración del Estado ¿Es la evaluación participativa una alternativa viable? *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 3, 175-202.
- Rodríguez, A. (2018). Una perspectiva constitucional del control del gasto público. *Revista Española de Control Externo*, 58, 229-244.
- Salvador Armendáriz, M.^a A. (2023). Medios económicos. En F. Velasco Cabañero y M. M. Darnaculleta Gardella (dirs.). *Manual de Derecho administrativo* (pp. 721-739). Madrid: Marcial Pons.
- Shavell, S. (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Silva, P. (2018). *La república virtuosa. Probidad pública y corrupción en Chile*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Soto, P. (2023). El temor al despotismo y al totalitarismo en el derecho administrativo chileno: reconstrucción y crítica de una fobia a la Administración del Estado. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 36, 183-204.

- Soto, S. (2009). Iniciativa exclusiva e ideas matrices: los aportes del Tribunal Constitucional. *Revista Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios*, 1, 45-65.
- Szmulewicz, E. (2014). Iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República en materias de gasto público: antecedentes históricos y derecho comparado. *Revista Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios*, 11, 5-14.
- Valadés, D. (1998). *El control del poder*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Valdivia, J. M. (2019). El derecho público de los bienes fiscales. En J. Arancibia Mattar y P. Ponce Correa (eds.). *El dominio público. Actas de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo (2018)* (pp. 131-150). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Valle, J. (2021). *El Estado unitario chileno. Reconstrucción crítica de su ethos*. Santiago: LOM.