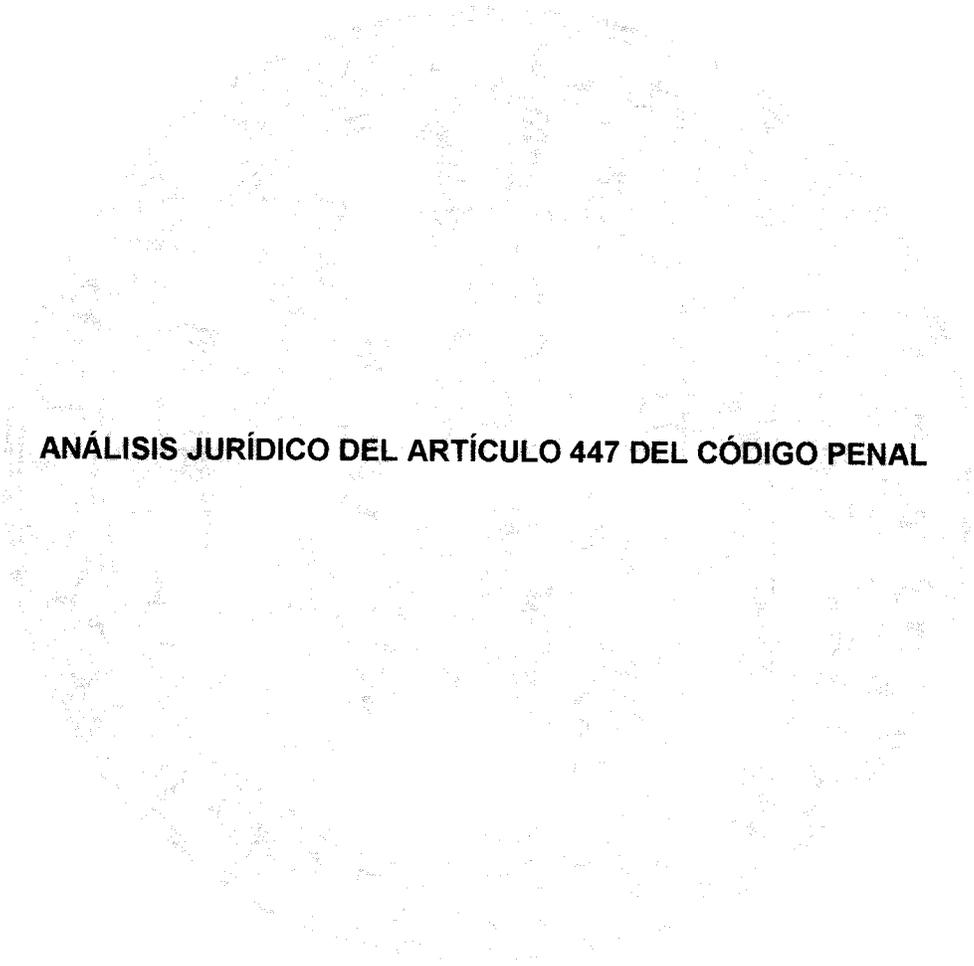


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 447 DEL CÓDIGO PENAL

JESUS PLOX LOPEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE 2014

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 447 DEL CÓDIGO PENAL

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JESUS PIOX LOPEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre 2014

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	MSc.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V:	Br.	Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic.	Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Moises Raúl De León Catalan
Vocal:	Licda.	Ingrid Coralía Miranda
Secretario:	Lic.	Emilio Gutiérrez Cambranes

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Emilio Gutiérrez Cambranes
Vocal:	Lic.	Gustavo Adolfo Cardenas Díaz
Secretaria:	Lic.	José Daniel Chamalé Contreras

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 24 de mayo de 2013.

ASUNTO: JESUS PIOX LOPEZ, CARNE No. 9114558, solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 20121746.

TEMA: "ANALISIS JURIDICO DEL ARTICULO 447 DEL CODIGO PENAL".

Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el plan de investigación y el tema propuestos, quien opina que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor de tesis al Licenciado JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS, Abogado y Notario, colegiado No. 4.713.

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

Adjunto: Nombramiento de Asesor
cc.Unidad de Tesis
BAMO/lyr.



LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Abogado y Notario – Col 4713
Pos grado en Derecho Constitucional Comparado
5ª. Ave.14-62 zona 1, Oficina 307. Comercial Esmol
Teléfono. 54066223



Guatemala, 19 de julio de 2013

Licenciado:
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



Respetable Licenciado.

De conformidad con el nombramiento emitido con fecha veinticuatro de mayo del año dos mil trece, en el cual se me faculta para realizar las modificaciones de forma y de fondo en el trabajo de investigación como Asesor de Tesis del Bachiller **JESUS PIOX LOPEZ**, me dirijo a usted haciendo referencia a la misma con el objeto de informar mi labor y oportunamente emitir dictamen correspondiente, en relación a los extremos indicados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, se establece lo siguiente:

- I) El trabajo de tesis se denomina: **ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 447 DEL CÓDIGO PENAL**
- II) Al realizar la Asesoría sugerí correcciones que en su momento consideré necesarias para mejorar la comprensión del tema desarrollado, las cuales en su momento se corrigieron, constando la presente tesis en cuatro capítulos realizados en un orden lógico, siendo un aporte invaluable.
 - a) **Contenido científico y técnico de la tesis:** El sustentante abarcó tópicos de importancia en materia penal, enfocado desde un punto de vista social y jurídico, por ser un tema importante acerca de la malversación de fondos públicos de Guatemala, cometidos por funcionarios públicos.
 - b) **La metodología y técnicas de la investigación:** Para el efecto se tiene como base el método analítico, sintético, deductivo e inductivo. Dentro de las técnicas de investigación se encuentran inmersas en el trabajo las siguientes: la observación como elemento fundamental de todo proceso investigativo apoyándose en ésta, el sustentante para poder obtener el mayor número de datos. La observación científica obteniendo con ella, un objetivo claro, definido y preciso. La encuesta la cual registra los datos más importantes objeto de la investigación. La bibliográfica y documental para recopilar y seleccionar adecuadamente el material de estudio, ya que a través de las cuales se estudió el fenómeno investigado y culminó con la

LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Abogado y Notario – Col 4713
Pos grado en Derecho Constitucional Comparado
5ª. Ave.14-62 zona 1, Oficina 307. Comercial Esmol
Teléfono. 54066223



comprobación de la hipótesis planteada, estableciendo los objetivos generales y específicos con el objeto de establecer doctrinariamente y jurídicamente como resolver ese problema en la práctica;

- c) **La redacción:** la estructura formal de la tesis está compuesta de cuatro capítulos se realizó en una secuencia ideal empezando con temas que llevan al lector poco a poco al desarrollo del tema central para el buen entendimiento del mismo que ha cumplido con todos los procedimientos del método científico;
- d) **Conclusiones y recomendaciones:** Las mismas obedecen a una realidad penal. Conclusión importante a la cual arribó el sustentante es que las penas por malversación de fondos públicos son mínimas por la cantidad de dinero que manejan los funcionarios públicos.

Conclusiones y recomendaciones que comparto con el investigador puesto que las mismas se encuentran estructuradas al contenido del plan de investigación y están debidamente fundamentadas. Además se comprobó que la bibliografía fuera la correcta, los métodos y técnicas fueron aplicadas adecuadamente, en virtud que con ellos, se obtuvo la información necesaria y objetiva para la elaboración, redacción y presentación final del presente trabajo.

IV) En conclusión y atendiendo a lo indicado en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, informo a usted, que **APRUEBO**, ampliamente la investigación, por lo que con respecto al trabajo realizado por el sustentante, Bachiller **JESUS PLOX LOPEZ** emito **DICTAMEN FAVORABLE**, ya que considero el tema un importante aporte.

Sin otro particular, me suscribo de usted, con muestras de mi consideración y estima.

Lic. Jaime Rolando Montealegre Santos.
Col: 4713



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
 Guatemala, 24 de octubre de 2013.

Atentamente, pase a el LICENCIADO FREDY ALBERTO SUTUC GUTIERREZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de el estudiante JESUS PIOX LOPEZ, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 447 DEL CODIGO PENAL".

Me permito hacer de su conocimiento que esta facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, haran constar en los dictámenes correspondientes, su opinion respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribucion científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
 BAMO/yr.



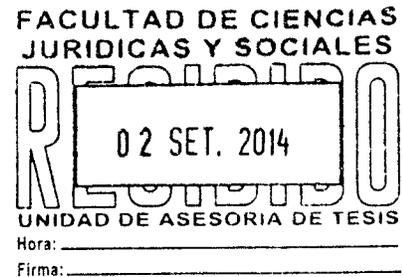


LIC. FREDY ALBERTO SUTUC
Abogado y Notario. Col 5658
5ª. Ave.14-62 zona 1, Oficina 306. Comercial Esmol
Teléfono. 56783727



Guatemala, 22 de noviembre de 2013

Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Licenciado Mejía:

Según nombramiento de fecha veinticuatro de octubre de dos mil trece, donde fui nombrado como revisor, atentamente me dirijo a usted con el objeto de emitir dictamen, sobre la tesis del bachiller **JESUS PIOX LOPEZ**, la cual según modificaciones que estoy facultado para realizar tanto para mejorar la investigación, sugerí y en su momento fueron realizadas para mejorar la investigación y el objeto de la misma: **ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 447 DEL CÓDIGO PENAL**, por tal motivo respetuosamente informo lo siguiente:

- A) Al realizar la revisión sugerí correcciones que en su momento consideré necesarias para mejorar la comprensión del tema desarrollado, las cuales en su momento fueron corregidas, constando la presente tesis una orden lógico, y siendo un tema jurídicamente importante, realiza un aporte invaluable.
- B) El contenido científico y técnico de la tesis el sustentante abarcó tópicos de importancia en el ámbito penal enfocado desde un punto de vista jurídico y social, por ser un tema importante que se enfoca en los delitos penales cometidos por funcionarios públicos con recursos del Estado.
- C) La metodología y técnicas de la investigación, para el efecto se tiene como base el método analítico, sintético, deductivo e inductivo. Dentro de las técnicas de investigación se encuentran inmersas en el trabajo las siguientes: la observación como elemento fundamental de todo proceso investigativo apoyándose en esta, el sustentante para poder



LIC. FREDY ALBERTO SUTUC
Abogado y Notario. Col 5658

5ª. Ave.14-62 zona 1, Oficina 306. Comercial Esmol
Teléfono. 56783727

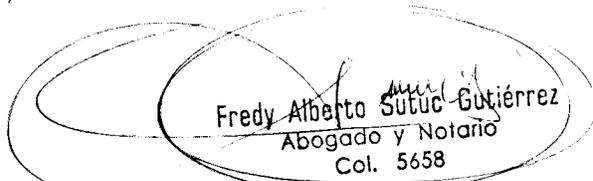


obtener el mayor número de datos. La observación científica obteniendo con ella, un objetivo claro, definido y preciso. La encuesta la cual registra los datos más importantes objeto de la investigación. La bibliográfica y documental para recopilar y seleccionar adecuadamente el material de estudio, ya que a través de las cuales se estudió el fenómeno investigado y culminó con la comprobación de la hipótesis, los objetivos generales y específicos con el objeto de establecer doctrinariamente y jurídicamente como resolver ese problema en la práctica.

- D) La redacción está compuesta de cinco capítulos se realizó en una secuencia ideal empezando con temas que llevan al lector poco a poco al desarrollo del tema central para el buen entendimiento del mismo que ha cumplido con todos los procedimientos del método científico, considerando que el contenido es aplicable al desarrollo del contenido capitular del tema y revisados todos los cambios y que fueron hechos en su tiempo.
- E) En este trabajo se brindan aportaciones valiosas, las cuales son de gran importancia para la solución del problema y en cuanto a las conclusiones y recomendaciones, éstas son concretas y acertadas.
- F) El estudiante utilizó bibliografía ajustada al tema investigado, siendo la recopilación de la información de autores nacionales y extranjeros, así como información recabada en citas de fuentes electrónicas.

Por lo que al haber cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, emito DICTAMEN FAVORABLE, aprobando la presente investigación.

Atentamente,



Fredy Alberto Sutuc-Gutiérrez
Abogado y Notario
Col. 5658

LIC. FREDY ALBERTO SUTUC
Abogado y Notario.
Colegiado No. 5658



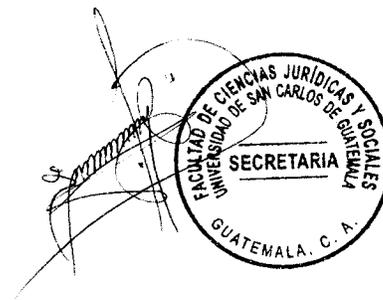
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 03 de octubre de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JESUS PIOX LOPEZ, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 447 DEL CÓDIGO PENAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

A DIOS:

Por haberme permitido llegar a una de mis metas, dotándome de esa fuerza de voluntad al haber afrontado y vencer los obstáculos que implican la carrera y guiarme en todas mis decisiones, gracias Dios porque sé que siempre me acompañarás.

A MIS PADRES:

Gregorio y Anastasia profundo agradecimiento, haberme guiado en la vida que estoy seguro estarán compartiendo el logro de mis metas.

A MIS HIJAS:

Perla Lorena y Dulce Crystal que este triunfo sea la recompensa anhelada a todos sus esfuerzos y sacrificios, mil gracias por esperar pacientes este momento, que Dios las bendiga.

A MIS HERMANOS:

Gracias por el apoyo incondicional y cariño brindado durante todo este tiempo, los quiero mucho y saben cuan importante fueron en este proceso de mi vida.

A:

Mis catedráticos por su dedicación y aporte al darle el perfil a cada uno de sus alumnos en las aulas guiándolos en el aprendizaje y preparándolos para el ejercicio y desempeño de esta profesión.

A MIS AMIGOS:

Porque muchas veces su amistad y consejos me hicieron recapacitar y seguir adelante gracias por su sincera y desinteresada amistad.

A:

Los profesionales, en especial a mi asesor y revisor de tesis gracias por su colaboración y paciencia. Y asimismo a todos mis buenos catedráticos que con lealtad, fidelidad y honorabilidad nos impartieron día a día cada asignatura a cursar.



A Usted especialmente, porque me ha acompañado en el proceso y ahora en mi etapa profesional, gracias por estar aquí.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por haberme abierto sus aulas y compartir y adquirir los conocimientos, para la vida profesional.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, Alma mater que albergó durante todo este tiempo mis sueños de estudiante y superación gracias por haberme permitido el honor de forjarme en sus gloriosas aulas, y estar en este altar para recibir la investidura para el ejercicio profesional.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i
 CAPÍTULO I 	
1. La malversación.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Fundamento legal.....	2
1.3. Naturaleza.....	2
1.4. Bien jurídico afectado en la malversación.....	4
1.5. Sujetos del delito de malversación de fondos.....	6
1.6. Acción típica de la malversación.....	10
1.7. La problemática de participación.....	10
1.8. Tipificación del delito de malversación de fondos en la doctrina.....	11
1.9. La conducta de apropiación por funcionarios o empleados públicos.....	13
 CAPÍTULO II 	
2. El Estado y la administración pública en Guatemala.....	21
2.1. Definición de Estado.....	21
2.1.1. El territorio.....	22
2.1.2. El poder o autoridad.....	22
2.1.3. La población.....	23
2.1.4. Bien público.....	24
2.2. La personalidad jurídica del Estado.....	25
2.3. El Estado como órgano competente	26
2.4. El poder público.....	26
2.5. La administración.....	28
2.6. Principios de la administración pública.....	30



	Pág.
2.6.1. El principio de legalidad.....	30
2.6.2. El principio de juridicidad.....	31
2.7. Elementos de la administración pública.....	33
2.7.1. La actividad.....	33
2.7.2. El órgano administrativo.....	33
2.7.3. Finalidad.....	34
2.7.4. El medio.....	34
2.8. La organización de la administración pública.....	34
2.9. Clases de administración.....	35
2.9.1. De planificación.....	35
2.9.2. Ejecutiva.....	36
2.9.3. De control.....	37
2.9.4. De asesoría.....	37
2.10. Actos administrativos.....	38
2.10.1. Definición.....	38
2.10.2. Vicios.....	38
2.10.3. La inacción administrativa.....	39
2.10.4. El silencio administrativo.....	39
2.10.5. Clases de silencio administrativo.....	40
2.11. La administración autónoma, centralizada y descentralizada.....	41
2.11.1. Administración autónoma.....	42
2.11.2. Administración centralizada.....	44
2.12.3. Administración descentralizada.....	45

CAPÍTULO III

3. El derecho penal y el delito penal.....	47
3.1. El derecho penal.....	47
3.2. Historia del derecho penal.....	48
3.3. La ley penal.....	49



	Pág.
3.4. Características de la ley penal.....	50
3.5. Imperatividad de la ley penal.....	51
3.6. El delito.....	52
3.7. Los elementos del delito.....	54
3.8. Teoría del delito.....	55
3.9. Naturaleza del delito.....	61
3.10. Concepto formal del delito.....	62
3.11. Concepto legal del delito.....	62
3.12. Concepto sustancial del delito.....	63
3.13. Concepto dogmático del delito.....	63
3.14. Sujetos del delito.....	63
3.15. Las fases para cometer un delito.....	65
3.15.1. Las fases para cometer un delito.....	65

CAPÍTULO IV

4. El Ministerio Público e instituciones que velan por el cumplimiento de los recursos del Estado.....	69
4.1. El Ministerio Público.....	69
4.2. El Ministerio Público como órgano de investigación.....	71
4.3. Función del Ministerio Público.....	75
4.4. Fines del Ministerio Público.....	76
4.5. Fiscalía de Sección Contra la Corrupción del Ministerio Público.....	76
4.6. Sistema Integrado de Administración Financiera (SIAF-SAG).....	77
4.7. Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto 89-2002.....	78
4.8. Congreso de la República.....	78
4.9. Contraloría General de Cuentas de la Nación (CGCN).....	79
4.10. Superintendencia de Administración Tributaria (SAT).....	80
4.11. Procuraduría de los Derechos Humanos (PDH).....	81

CAPÍTULO V

5. Soluciones para contrarrestar la malversación.....	83
5.1. Análisis jurídico de los delitos cometidos por funcionarios públicos con dinero del Estado.....	83
5.2. Consecuencia.....	84
5.3. Impedimentos para los cargos públicos.....	86
5.4. Las sanciones.....	87
5.5. Análisis del Artículo 447 del Código Penal y la posible modificación.....	89
CONCLUSIONES	91
RECOMENDACIONES	93
BIBLIOGRAFÍA	95



INTRODUCCIÓN

En la actualidad las sanciones en el Código Penal guatemalteco no se ajustan a la realidad; pues en los delitos cometidos por funcionarios públicos las sanciones o penas son desproporcionales y de poca relevancia; ya que se imponen sanciones mínimas de dos a seis años y multas de veinte mil a cincuenta mil quetzales; montos que muchas veces no cubren el gran daño ocasionado a la administración pública, pues las cantidades de dinero involucradas en estos delitos son millonarias, dependiendo de la institución pública que esté a cargo del funcionario público señalado del delito de malversación.

No es de raro encontrarse funcionarios públicos, cobrando una condena de uno a seis años, por la malversación, sustracción, o traslado de grandes cantidades de dinero que se desaparecen o se esconde, que es con un máximo de seis años y un mínimo de dos años, a lo que se indica que puede tener una medida sustitutiva, con una multa para no ir a prisión, de debido a lo anterior surge la necesidad que se modifique o se reforme lo relacionado a los delitos comúnmente cometidos por funcionarios públicos, en el sentido de que sean penalmente más años de cárcel y con fianzas o multas que sean iguales a los montos.

La hipótesis planteada fue comprobada al estudiar los fenómenos del problema. En el trabajo se investiga la malversación de fondos en la administración pública de Guatemala ya que la falta de un castigo acorde al daño que se causa al funcionamiento del Estado y principalmente a la población de Guatemala por los



funcionarios públicos al cometer el delito de malversación afecta la administración pública y a toda la población en general

Los objetivos se lograron pues la necesidad de reformar el artículo 447 del Código Penal, por la falta de una sanción adecuada en la actualidad a los funcionarios públicos y el objetivo específico es determinar la importancia de reformar el artículo con relación a los funcionarios públicos con relación a la malversación.

La tesis consta de cinco capítulos, desarrollando en el primero: La malversación; en el segundo: El Estado y la administración pública en Guatemala; en el tercero, El derecho penal y el delito penal, en el cuarto, El Ministerio Público e instituciones que velan por el cumplimiento de los recursos del Estado, y en el quinto, soluciones para contrarrestar la malversación. Se utilizaron diversos métodos, como: El deductivo, que fue útil para determinar, a partir de la observación del fenómeno en general; de ello se sintetizaron las ideas en relación a dicho fenómeno; el analítico con el cual se estudiaron los textos que se refieren al tema y que contribuyeron al desarrollo de la misma. La técnica utilizada fue la bibliográfica y documental, que permitió la consulta y el análisis de la bibliografía relacionada con el tema.

Se espera que la presente investigación sea un aporte a la rama penal y sea de beneficio para el Estado y principalmente a la administración pública y administración de justicia.



CAPÍTULO I

1. La malversación

La malversación, del cual es considerado un mal que en la actualidad afecta a la administración Pública a través del desvío o mal uso de los fondos públicos del Estado.

1.1. Definición

El autor Manuel Ossorio, define la malversación de caudales públicos, como: “El delito que comete el funcionario público cuando da a los caudales o efectos que administra aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados”¹ mientras tanto: “Jaso, define la malversación de caudales como la distracción o apropiación de bienes muebles llevada a cabo por aquél a quien incumbe el deber público de su custodia”.²

En base a la definición citada se puede indicar que la malversación de fondos públicos es aquella situación irregular en que incurre el empleado o funcionario público, que tiene bajo su guarda y custodia bienes del Estado o del municipio; los cuales están debidamente presupuestados y los mismos tienen un fin específico o

¹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 445.

² Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal español. Parte Especial**. Pág. 1128.



determinado, ya sea por la ley, por reglamento o por cualquier disposición legal que así lo establezca, y los utiliza o destina, no se los apropia, para otros fines distintos de los programados, que también están presupuestados, pero que presentan en esos momentos serias deficiencias de liquidez para ser financiados y, en razón de tales motivos, no se utilizan, para satisfacer las necesidades que la población requiere.

1.2. Fundamento legal

El Artículo 447 del Código Penal de Guatemala, establece que: “Comete el delito de malversación, el funcionario o empleado público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquélla a que estuvieren destinados”. Lo que significa usar los fondos públicos (dinero) para fines distintos a los programados y no se les da la verdadera utilidad que deberían tener.

1.3. Naturaleza

“Su naturaleza constituye una infracción del deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario para la administración. Pero, por otra parte, la malversación ostenta un carácter patrimonial evidente, al incidir sobre los fondos públicos, lesionando los intereses patrimoniales del Estado.”³

³ Muñoz Conde, Francisco. **Derecho penal**. Pág. 774.



Al respecto el tratadista Eugenio, Cuello Calón “al referirse a la naturaleza del delito de malversación, indica que: “La pena que se impone por cometerla, es en sí por los actos que violan la fidelidad que los funcionarios deben observar en el manejo de los caudales que tienen a su cargo y reprime no sólo el perjuicio económico causado sino también y muy especialmente, el abuso, por parte del funcionario, de la confianza públicamente depositada en él”.⁴

Los delitos de malversación de caudales tienen un doble aspecto, pues constituyen una infracción del deber de probidad de los funcionarios en el manejo de los fondos públicos que por razón de su cargo les están confiados y encierran además una lesión de los intereses patrimoniales del Estado.

En base a los elementos, naturaleza y características del delito y en apoyo a las definiciones legal y doctrinaria, defino la malversación de fondos públicos: como aquella situación irregular en que incurre el empleado o funcionario público, que tiene bajo su guarda y custodia bienes del Estado o del Municipio, los cuales están debidamente presupuestados y los mismos tienen un fin específico o determinado, ya sea por la ley, por reglamento o por cualquier disposición legal que así lo establezca,

Son utilizados de distinta forma, no se los apropia, para otros fines distintos de los programados, que también están programados y presupuestados, pero que

⁴ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal. Parte especial.** Pág. 450.



presentan en esos momentos serias deficiencias de liquidez para ser financiados y, en razón de tales motivos, se utilizan, satisfaciendo siempre necesidades que la población requiere.

1.4. Bien jurídico afectado en la malversación

Este delito tutela la regularidad del cumplimiento de las actividades patrimoniales del Estado, sea con relación a sus bienes propios, sea con relación a bienes privados sobre los cuales aquél haya asumido una especial función de tutela, por la naturaleza de las instituciones a las que pertenece o por las especiales circunstancias en que se encuentra.

“El tipo no protege específicamente la propiedad de esos bienes (eso queda para los delitos contra la propiedad), sino la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido o creado; por eso, tiene en común su caracterización como manejo anormal de los bienes por parte de quienes funcionalmente están encargados de hacerles cumplir sus finalidades o preservarlos para ello”⁵

“El bien jurídico protegido, en este caso es la función administrativa, pero concretada al cuidado de los fondos públicos, que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario”.⁶

⁵ **Ibid.** Pág. 292.

⁶ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal. Parte especial.** Pág. 377



No es un delito patrimonial en primer término, aunque su efecto sea de carácter patrimonial, pues el patrimonio está en consideración de la función administrativa y tampoco es un delito socioeconómico, pues no se considera al funcionario socioeconómico del sistema.

En razón del bien jurídico es que el sujeto activo sólo puede ser un funcionario público en los diferentes tipos legales que se comprende. En segundo lugar, el objeto material es siempre los caudales públicos, por los cuales hay que entender cualquier clase de bienes muebles con valor económico y que pertenezcan a la administración en amplio sentido.

“indica que los delitos de malversación afectan el patrimonio público. No puede decirse con ello que sean técnicamente delitos contra la propiedad cualificados. La gestión desleal de los caudales causa un perjuicio patrimonial cierto, como el dar a los caudales del Estado un destino diferente del que tenían asignado, que obliga a proveer con otros medios económicos no previstos a las necesidades que aquellos caudales habían de cubrir o dejar desatendidos los servicios públicos para los que habían sido presupuestados. Objeto de ataque son, por consiguiente, los intereses patrimoniales del Estado, la provincia, el municipio y en general de los entes públicos, tengan o no autonomía administrativa.”⁷ Indica la doctrina que pese al silencio de la ley, la colocación del tipo (delitos contra administración) que sucede en el caso de la malversación y el carácter de la función del agente sobre ellos,

⁷ Rodríguez Devesa, José María , **Ob. Cit.** Pág. 1127.



indican que tanto los caudales como los efectos tienen que ser públicos.

Pero, si eso no se discute, no se han puesto del todo de acuerdo los tratadistas para determinar el criterio para otorgar esa calidad. Para unos, son bienes públicos todos los que pertenecen al Estado en cuanto no estén afectados a actividades de índole comercial, en las cuales el Estado encara los mismos riesgos que un particular respecto de esos bienes.

En concreto, bienes públicos son los propios del Estado o sus entes autárquicos de que aquél puede disponer para el cumplimiento de sus servicios o fines públicos; quedan excluidos, pues, aquellos sobre los cuales el Estado asume gestiones de guardador, pero sin tener la facultad de disponer de ellos para el cumplimiento de sus fines.

1.5. Sujetos del delito de malversación de fondos

Como ya se señaló anteriormente, autor o sujeto activo del delito de malversación de fondos públicos: “Es el funcionario (o empleado público, según la legislación guatemalteca) que administra los caudales o efectos que se aplican *indebidamente*; ese carácter de administrador se da cuando el funcionario está facultado administrativamente para disponer de los bienes, o sea, para aplicarlos a



las finalidades legalmente determinadas, lo cual no implica la exigencia de que los tenga materialmente.”⁸

No es administrador quien sólo tiene la facultad de imputar los bienes a un destino sin poder disponer de ellos (el cambio abusivo de la imputación a otro destino puede entonces constituir un abuso de autoridad), ni los simples custodios de los bienes. Ello no impide que los funcionarios tengan cualquier facultad de decisión sobre los bienes como es la de imputarlos, pueden aparecer como partícipes del malversador, cuando la aplicación ilegal se realizó mediando su actividad de culpabilidad.

Sujeto activo: “Es el funcionario público que por razón de sus funciones tiene a su cargo caudales o efectos públicos.”⁹ Situación que es compartida por los Juan Bustos Ramírez y Eugenio Cuello Calón. Es de hacer resaltar que este es un elemento esencial del delito.

Por caudal o efecto se entiende cualquier objeto o cosa mueble, dinero, efectos negociables, etc., que tengan un valor económico apreciable.

El carácter público se determina por la pertenencia de los bienes a la administración pública; pudiendo decirse que tal pertenencia comienza desde el

⁸ Creus, Carlos. **Derecho penal. Parte especial.** Pág. 294.

⁹ Cuello Calón, Eugenio. **Ob.Cit.** Pág. 451.



momento en que existe un derecho expectante de la administración a la entrega de los caudales, aunque aún no hayan ingresado formalmente en las arcas de la entidad. Basta tan sólo con la percepción por parte del funcionario de los caudales destinados a la administración para que estos adquieran ya la categoría de públicos.

Los profesores guatemaltecos, José Francisco de Mata y Héctor de León, al analizar los elementos del delito de malversación, indican que: El sujeto activo, efectivamente es el funcionario o empleado público, que administre caudales o efectos públicos, que dé a los mismos, una aplicación diferente de aquélla a que estén destinados, debiéndose entender que no se los apropian, sino que estando destinados los caudales para cierto objetivo, se les destina a otros, pues si se los apropiara estarían incurriendo en peculado y que el elemento interno: es la conciencia de que los caudales están destinados a ciertos efectos y la voluntad de destinarlos para objeto diferente.”¹⁰

La acción típica en el delito de malversación, es pues, la de dar a los caudales o efectos administrados por el autor una aplicación distinta de aquélla a que estaban destinados (sin sacarlos de la administración). Unánimemente reconoce la doctrina que la voz caudales comprende toda clase de bienes; la expresión no reduce su contenido al dinero, aunque si tiene que tratarse de objetos dotados de un valor de naturaleza económica (los que tienen un valor de distinta índole están protegidos

¹⁰ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco. **Curso de derecho penal guatemalteco**. Pág. 727.



por otras disposiciones). También considera la doctrina que la voz efectos atañe a los documentos de crédito (valores en papel, títulos, sellos, estampillas) emanados del Estado o de las municipalidades, que representan valores económicos y son negociables.

Como ya se dijo, entre los caudales y el funcionario debe existir una determinada relación. No es suficiente con que el funcionario tenga los caudales con ocasión de” o “en consideración a” la función que desempeña, es preciso que la tenencia se derive de la función y competencia específicas.

En el Artículo 1º de la Ley del Servicio Civil, define lo que se debe entender como funcionario y empleado públicos: “Funcionario público: “Es la persona individual que ocupa un cargo o puesto en virtud de elección popular o nombramiento, conforme a las leyes correspondientes, por el cual ejerce mando, autoridad, competencia legal y representación de carácter oficial, de la dependencia o entidad estatal correspondiente y; Empleado Público: “Es la persona que ocupa un puesto al servicio del Estado en las entidades o dependencias regidas por la Ley de Servicio Civil, en virtud de nombramiento o contrato expedidos de conformidad con las disposiciones legales, por el cual queda obligado a prestar sus servicios o a ejecutar una obra, personalmente a cargo de un salario, bajo la dirección continuada del representante de la dependencia, entidad o institución donde preste sus servicios y bajo la subordinación inmediata del funcionario o representante”.



1.6. Acción típica de la malversación

Se establece que la acción típica en el delito de malversación, es pues, la de dar a los caudales o efectos administrados por el autor una aplicación distinta de aquella a que estaban destinados.

Unánimemente reconoce la doctrina que la voz caudales comprende toda clase de bienes; la expresión no reduce su contenido al dinero, aunque si tiene que tratarse de objetos dotados de “valor” de naturaleza económica (los que tienen un valor de distinta índole están protegidos por otras disposiciones). También considera la doctrina que la voz efectos atañe a los documentos de crédito (valores en papel, títulos, sellos, estampillas) emanados del Estado o de las municipalidades, que representan valores económicos y son negociables.

1.7. La problemas de participación

La malversación de caudales públicos, “es un delito especial, ya que como hemos visto autor en sentido estricto solo puede serlo el que ostenta las cualidades *personales exigidas en el tipo: la de funcionario público o asimilado*”¹¹. Algunos supuestos de malversación constituyen también delitos comunes de hurto o apropiación indebida. Ello ha llevado a un sector jurisprudencial y doctrinal a

¹¹ Muñoz Conde. **Ob. Cit.** Pág. 781.



considerar aplicable la sanción penal, cuando participen extraños, haciendo a éstos responder por el delito común y al funcionario por el especial. La jurisprudencia y doctrina más recientes consideran, sin embargo que son de aplicación también aquí las reglas generales de la participación y unidad del título de imputación. El particular que participe (induzca o coopere) en la malversación del funcionario responderá también de este delito. En el caso contrario de que sea el funcionario quien participe en la sustracción realizada por el particular, aquel responderá por el delito común, salvo en los casos en que está especialmente previsto el consentimiento a la sustracción como conducta típica de malversación.

1.8. Tipificación del delito de malversación de fondos en la doctrina

El delito de malversación de fondos públicos, tipificado en nuestra legislación penal, por su compleja naturaleza, verbigracia en la legislación española, se tipifica de diversas formas, es decir, el peculado tanto doloso como culposo, el incumplimiento de pagos, retención indebida, entre otros, se encuentran tipificados en el derecho español, como modalidades del delito de malversación, mientras que en nuestra legislación estos están tipificados como figuras delictivas autónomas.

En ese orden de ideas, siguiendo el criterio de Suares Montes, "presenta una clasificación de los diferentes tipos legales de malversación que se refieren a



funcionarios y caudales públicos propiamente dichos”¹² . Para el efecto los elementos comunes a los diferentes tipos son los siguientes: Sujeto activo: “es el funcionario público que por razón de sus funciones tiene a su cargo caudales o efectos públicos”¹³. Situación que es compartida por Juan Bustos Ramírez y Eugenio Cuello Calón. Es de hacer resaltar que este es un elemento esencial del delito.

“El carácter de sujeto de este delito no lo da sólo el hecho de ser funcionario público, sino la relación del funcionario con el objeto material del delito: los caudales públicos”. Por caudal o efecto se entiende cualquier objeto o cosa mueble, dinero, efectos negociables, etc., que tengan un valor económico apreciable. El carácter público se determina por la pertenencia de los bienes a la administración pública; pudiendo decirse que tal pertenencia comienza desde el momento en que existe un derecho expectante de la administración a la entrega de los caudales, aunque aún no hayan ingresado formalmente en las arcas de la entidad. Basta tan solo con la percepción por parte del funcionario de los caudales destinados a la administración para que estos adquieran ya la categoría de públicos. Los profesores guatemaltecos, al analizar los elementos del delito de malversación, “indican que el sujeto activo, efectivamente es el funcionario o empleado público, que administre caudales o efectos públicos, que dé a los mismos, una aplicación diferente de aquella a que estén destinados, debiéndose entender que no se los apropian, sino que estando destinados los caudales para

¹² Bustos Ramírez, Ob.Cit; págs. 377 al 381.

¹³ Cuello Calón, Ob.Cit; pág. 451.



cierto objetivo, se les destina a otros, pues si se los apropiara estarían incurriendo en peculado y por último nos indican que el elemento interno: es la conciencia de que los caudales están destinados a ciertos efectos y la voluntad de destinarlos para objeto diferente”¹⁴.

Negativa abusiva, a un acto administrativo ilegal, a engaño, abuso de oficio, etc. Sigue siendo necesario además, que estos caudales estén “a su cargo o a su disposición”. Con ello quiere decir que no se precisa la tenencia material, bastando con la posibilidad de disposición meramente jurídica. En esa misma línea de pensamiento, “se indica que semejante aplicación indebida ha de tener lugar sin autorización competente, pues si el funcionario obrare en virtud de orden competente del superior jerárquico quedará exento de responsabilidad penal”¹⁵.

1.9. La conducta de apropiación por funcionarios o empleados públicos

En este grupo están comprendidos los delitos por los cuales los funcionarios o empleados públicos o aún un extraño, sustraen en forma definitiva los caudales que maneja o administra. Esta forma de delito contiene dos modalidades una activa y otra pasiva, dolosas ambas y una tercera modalidad omisiva culposa. “En nuestra

¹⁴. De Mata Vela, Juan Francisco. Héctor Anibal De León Velasco. Derecho penal II, pág. 727.

¹⁵. Cuello Calon, Ob.Cit; pág. 460.



culposo“.

a. **Modalidad activa:** Se indica que la modalidad activa se manifiesta cuando el funcionario público sustrajere. Los caudales o efectos públicos. El término de sustracción debe interpretarse en estos casos como equivalente a “apropiación”, sencillamente, ya que el funcionario tiene la previa posesión o disponibilidad sobre los caudales. Esencial en este tipo, para distinguirlo, es el ánimo de apropiación definitiva que debe guiar al funcionario y no simplemente de uso o aplicación a fines privados. El delito es eminentemente intencional, aunque es indiferente el móvil con que se realice.

b. **Modalidades omisivas:** Según se ha advertido, existen dos modalidades omisivas: la dolosa y la culposa.

c. **La modalidad dolosa:** La modalidad dolosa es cuando: “El funcionario que. Consintiere que otro sustraiga los caudales o efectos públicos. “Se trata de un delito de comisión por omisión del deber de custodia de los caudales a cargo del funcionario. Esencial es, por tanto, la infracción de ese deber, 15 independientemente de que dicha infracción se lleve a cabo por omisiones positivas (entregando por ejemplo la llave de la caja al extraño) o puramente omisivas. La infracción del deber ha de ser dolosa, por cuanto el consentimiento es



un consentimiento a la sustracción. La razón de la equiparación de la modalidad activa y la omisiva es compleja y descansa más en razones político-criminales que dogmáticas.

El legislador a querido aquí, como en algunos otros delitos, equiparar expresamente estas conductas, porque de dejarlas sometidas a las reglas generales de la participación pudiera ocurrir que el funcionario saliera absurdamente privilegiado, respondiendo sólo como participe en el hurto o apropiación indebida cometidos por el particular, o incluso quedara impune, caso de no ser delictiva la sustracción llevada a cabo por el particular por tener este un crédito pendiente con la administración. Pero esta equiparación entre acción y omisión es sólo posible por voluntad expresa del legislador, no pudiendo elevarse a teoría general la categoría de los llamados “delitos consistentes en la infracción de un deber”, en los que lo decisivo es la infracción del deber y no la modalidad, activa u omisiva, de la conducta.

d. **Modalidad culposa:** “El funcionario público que por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos” Al igual que en el supuesto anterior, también aquí es necesaria una infracción del deber de vigilancia de los efectos públicos que tiene a su cargo. Pero, a diferencia de la modalidad dolosa, esa infracción es meramente imprudente respecto al resultado de la sustracción por el extraño. Se habla de abandono o negligencia “inexcusables”, por tal debe entenderse la falta de la más



elemental precaución y prudencia y no simplemente la mera imprudencia. “El tipo se restringe, por tanto, a la imprudencia temeraria. Es necesario que entre la negligencia y la sustracción medie una relación de causalidad y que la sustracción conste fehacientemente. La simple mala administración o falta de control que dan lugar, por ejemplo, a que los caudales se pierdan o dañen no constituyen este delito y todo lo más dará lugar a una sanción disciplinaria”¹⁶.

e. **Conducta de distracción:** En este apartado se incluyen las conductas del funcionario que, sin apropiarse de los caudales, los aparta de la finalidad a que estaban asignados, aplicandolos a usos distintos. Según que el uso al que se aplique sea privado o público.

f. **Aplicación a usos privados:** Esta modalidad se da cuando “el funcionario que aplicare a usos propios o ajenos los caudales puestos a su cargo”. La diferencia entre este delito y el tratado supra, radica fundamentalmente en el tipo subjetivo. En el de la conducta de apropiación, es preciso que el sujeto quiera apropiarse definitivamente de los caudales, constituyendo el posterior reintegro todo lo más la atenuante de arrepentimiento espontáneo. Por el contrario, en este caso piensa reintegrar los caudales indebidamente sustraídos.

Obsérvese que los usos a que se apliquen los caudales o efectos públicos pueden

¹⁶ Fundación Tomás Moro, **Diccionario jurídico Espasa**, pág. 802.



ser propios o ajenos, con lo cual también se incluyen en este tipo la conducta del funcionario que consiente que un extraño utilice los efectos públicos.

g. **Destino público diferente:** El destino publico diferente se caracteriza porque “Esta modalidad se presenta cuando el funcionario público diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente a aquella a que estuvieren destinados. La tendencia de la doctrina ha sido siempre desde la de considerar este delito como una simple infracción disciplinaria que debería ser excluida del ámbito penal. Evidentemente este tipo de malversación formal viene impuesta muchas veces por razones del servicio y por las circunstancias cambiantes que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de la adscripción de los caudales. Pero 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 para ello, en casos anormales de catástrofes, inundación, etc.

Fuera de estos casos la malversación de destino puede consistir en un abuso o desviación de poder considerable y por tanto, un delito. Indicando que debe de mantenerse, por consiguiente como tipo penal, sin perjuicio de aplicar en su caso las causas de justificación que procedan.

Es una forma sumamente corriente de malversación que debería ser reconsiderada porque viene impuesta en muchas ocasiones por las conveniencias mismas



de la gestión del servicio público a causa de la lentitud administrativa. La cifra negra es por ello muy elevada. Acaso estuviese indicado incriminar sólo aquellos supuestos en los que se produzca daño o entorpecimiento para el servicio público y desde luego es inexplicable que no se conceda el privilegio que en otros tipos se establece para el reintegro¹⁷.

a. Conductas de retención

b. Denegación de Pagos

Esta modalidad se da cuando “el funcionario público que debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado no lo hiciere.

h. Retención indebida de Fondos: Esta disposición le es aplicable al funcionario público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración. Ambos delitos son subsidiarios de los delitos ya analizados, pues de producirse esta retención por haberse apropiado o distraído el funcionario los caudales públicos serán de preferente aplicación aquellos delitos. El contenido de la primera conducta se reduce pues, a la mera abstención de hacer el pago debido y a la no entrega de la cosa. La conducta de no entrega de la cosa debe ir precedida de un previo

¹⁷. Rodríguez Devesa, Ob.Cit; pág. 1133.



requerimiento de la autoridad competente, siendo indiferente que la cosa de la que el funcionario tiene la custodia o administración sea pública o privada. En el fondo no es más que una modalidad del delito de desobediencia (artículo 420 del Código Penal Guatemalteco) que podría por tanto suprimirse. En el primer caso no es necesario ese previo requerimiento y los fondos han de ser expresamente del Estado, de lo que deduce Suares Montes, que en este caso es posible la comisión culposa, no así en el anterior no así en el segundo que mas bien es una desobediencia expresa a la orden de la autoridad. Esta modalidad de malversación está regulada en nuestra legislación, como delito de incumplimiento de pago, en el artículo 448 del Código Penal, segundo párrafo.

i. **Malversación de otros caudales:** Según esta modalidad, lo dispuesto para la malversación de caudales o efectos del Estado, es extensivo a los que se hallaren encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales, o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia y a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

1. Tipos extensivos de malversación impropios, cometidos por quienes no son funcionarios públicos.

“La legislación penal española moderna, introduce un clausula extensiva de



incriminación de los delitos de malversación a cargo de determinados sujetos, que aun no siendo funcionarios públicos, son equiparados a los mismos a efectos de realización de estos tipos delictivos”¹⁸, siendo estas las siguientes:

1. A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las administraciones públicas.
2. A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.
3. A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

En ese orden de ideas, encontramos lo que al respecto sobre el bien jurídico protegido manifiesta el tratadista Chileno “que estos tipos extensivos de malversación, los encargados de tales fondos, sean funcionarios o no, cometen malversación pública. Empero, si bien es cierto que hay un interés público en estos casos, no es ese el aspecto básico del injusto, que tiene un carácter mas bien de defraudatorio patrimonial y no de función administrativa”¹⁹.

¹⁸ Carmona Delgado, Concepción, Curso de derecho penal español. Pág. 414.

¹⁹ Bustos Ramírez, Ob.Cit; pág. 378.



CAPÍTULO II

2. El Estado y la administración pública en Guatemala

Respecto al Estado el autor Manuel Ossorio, señala que: "Es una organización social constituida en un territorio propio, con fuerza para mantener en él e imponer dentro de él un poder supremo de ordenación y de imperio."²⁰

2.1. Definición de Estado

El tratadista Gerardo Prado indica que: "El Estado, en sentido amplio, es un conglomerado social, político y jurídicamente constituido, asentado sobre un territorio determinado, sometido a una actividad que se ejerce a través de sus propios órganos y cuya soberanía es reconocida por otros Estados."²¹

Desde un punto de vista legal, el Artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: "Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo." La organización es un Estado libre, que debe de garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y sus libertades como el orden administrativo.

²⁰ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 294.

²¹ Prado, Gerardo. **Teoría del Estado.** Pág. 22



Dentro de los elementos que conforman el Estado se encuentran los siguientes:

2.1.1. El territorio

Este elemento consiste en el asiento permanente o soporte físico común de la población, nación o comunidad; considerado como elemento previo del Estado y ámbito de validez espacial de un sistema normativo.

En el caso de Guatemala, la Constitución Política de la República en el Artículo 142, literal a establece: “el territorio nacional está integrado por su suelo, subsuelo, aguas interiores, el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que se extiende sobre los mismos”.

2.1.2. El poder o autoridad

Si el bien que se persigue es el bien común entonces el ejercicio del poder será legítimo; es decir, que una orden para ser legítima además de emanar formalmente del órgano competente debe serlo en su sustancia.

De esta manera que el poder es la energía o fuerza necesaria con que cuenta el Estado para llevar a cabo sus objetivos. La realización de objetivos comunitarios es la finalidad del Estado, originalmente fue un atributo otorgado a un solo hombre y



dio lugar al surgimiento del absolutismo; lo cual significó ejercer la autoridad por un individuo en forma personal y por delegación divina.

Con la evolución de las ideas, ahora se considera que es un atributo que le corresponde al pueblo como grupo en convivencia; en donde se manifiesta como acción política que expresa una energía espiritual y material capaz de configurar un orden positivo de derecho.

2.1.3. La población

La constituye el elemento humano, es un término quizá el más amplio y del mismo debe distinguirse entre habitantes, que son los residentes dentro del territorio y pueblo concepto más restringido, ya que se refiere a la parte de la población que tiene el ejercicio de los derechos políticos.

Es el factor fundamental de existencia del Estado, dado que es conformado por hombres, entendiendo el hombre como “El ser histórico que trabaja; es decir transformala naturaleza porque la comprende; la comprende porque transformándola se transforma así mismo porque es un ser social; y no obstante, en esta espiral infinitamente creadora, el hombre especialmente idéntico.”²²

²² Bartra, Roger. **Breve diccionario de sociología**. Pág. 91.



2.1.4. Bien público

“La finalidad del Estado ha dependido de las condiciones históricas, económicas, políticas o sociales que hayan surgido de los seres humanos”.²³

La finalidad principal del Estado es el bien común, objetivo que se desea alcanzar con ayuda y participación del poder y establecimientos del orden.

La satisfacción de las necesidades de los habitantes de un territorio determinado es prioridad estatal; se busca que esos individuos tengan los satisfactorios sociales que les permitan vivir social y familiarmente estables, con un Estado que busca su protección y desarrollo.

El Estado utiliza distintos medios para la realización del bienestar común, por ejemplo: el mejoramiento de las carreteras, mayor cantidad de viviendas, centros de recreación, programas y otros.

El bien común es más que el bien humano, una nueva forma y un nuevo valor del bien de los hombres en cuanto se integran dentro de una comunidad. Se habla entonces de que el bien común es el fin que persigue todo tipo de sociedad, y bien público es el fin específico que trata de alcanzar la sociedad estatal.

²³ Burgoa, Ignacio. **El Estado**. Pág. 199.



“El bien común es el fin verdadero de la organización y funcionamiento estatal, que debe atender las dos esferas que se registran dentro de una sociedad: tanto la particular (*el individuo*) y la colectiva o de grupo desde un aspecto ético-político necesariamente debe abarcar la tutela y fomentación de entidades individuales y sociales”.²⁴

El bien común se distingue del bien individual y del bien público, ya que el bien público es de todos en cuanto que están unidos y el individual, es el objetivo de cada persona en cuanto ser parte de los demás ciudadanos. En contraparte, el bien común es de los individuos en cuanto que son miembros de un Estado.

2.2. La personalidad jurídica del Estado

El Diccionario de la Lengua Española, establece que personalidad es: “La representación legal con que alguien interviene en un asunto, la personalidad jurídica, se concibe como la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones”.²⁵

La personalidad del Estado, es definida por el tratadista José Roberto Dromi, como: “... una realidad social y política integrada por un conjunto de hombres con asiento en un determinado ámbito territorial, con potestad soberana en lo interior e

²⁴ Escobar Menaldo, Hugo Rolando, **Las funciones del Estado en el derecho constitucional guatemalteco**. Pág. 33.

²⁵ **Real Academia Española. 2001.** Pág. 1739.



independiente en las relaciones internacionales.”²⁶

2.3. El Estado como órgano competente

En cuanto a la competencia de los órganos, el tratadista Enrique Sayagués indica que: “La cuestión más interesante se relaciona con los poderes jurídicos de que están investidos. Es frecuente que para determinar si un órgano de administración puede realizar tal o cual acto o celebrar determinado contrato (dentro de la materia que le compete), se busque el texto legal que autorice expresamente a hacerlo. Este criterio conduce frecuentemente al error, sobre todo cuando se trata de órganos jerarcas, porque estos tienen en principio todos los poderes de administración”.²⁷

2.4. El poder público

El Artículo 152 de la Constitución Política de la República de Guatemala indica: El **poder público**: El poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por esta Constitución y la ley. (Constitución Política de la República de Guatemala).

²⁶ Dromi, José Roberto. **Instituciones del derecho administrativo**. Pág. 53

²⁷ Sayagues Laso, Enrique, **Tratado de derecho administrativo**, Pág.169.



Ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política, puede arrogarse su ejercicio.

El poder público es un conjunto de competencias constitucionales o de competencias reconocidas por la Constitución Política de la República de Guatemala, que sirven para garantizar el propio orden jurídico.

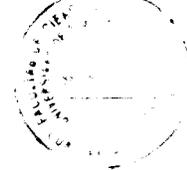
“El poder público es uno, aunque las funciones principales que se le atribuyen se distribuyan en tres organizaciones principales denominadas organismos. La teoría de la separación de los poderes, atribuida a Montesquieu, aunque sus seguidores aseguran que realmente es el creador de la teoría de la colaboración.”²⁸

Por otra parte el autor Manuel Ossorio, expresa que poder público es: “Dominio, imperio, facultad y jurisdicción que uno tiene para mandar o ejecutar una cosa. También, la suprema potestad rectora y coactiva del Estado. Dicho en otra forma, la potestad o el imperio que corresponde a la autoridad estatal para el gobierno del Estado. Quienes ejercen esta autoridad vienen a ser los representantes del poder público.”²⁹

Ha sido tema de polémica, a través de los siglos, cuál sea el origen de ese poder, procede de Dios y recae directamente sobre la persona elegida para ejercerlo. Esa

²⁸ Castillo González, Jorge Mario, **Derecho administrativo**. Pág. 184.

²⁹ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 739.



teoría que tuvo su auge y sirvió de base a las monarquías absolutas y a todos los regímenes de gobierno autocrático, inclusive entre los que mantuvieron la idea del origen divino del poder.

Para ellos, y de modo muy destacado para Santo Tomás de Aquino, “Si bien no existe poder político ninguno que no proceda de Dios, éste no lo hace recaer sobre persona determinada, sino sobre el pueblo, a efectos de que sea él quien lo delegue en las personas que han de ejercerlo. Fácilmente se advierte que la precitada tesis lleva directamente a los conceptos de la soberanía popular y de la democracia. Claro es que otros muchos autores niegan el origen divino del poder, incluso por parte de algunos, porque desconocen la existencia misma de Dios y atribuyen a otras fuentes su origen. Entre ellos se destaca la teoría del contrato social, expuesta por Rousseau, que, si bien no era original, recogía claramente opiniones anteriormente sostenidas por otros tratadistas.”³⁰

2.5. La administración

Con respecto a la administración pública, base de la presente investigación, debe citarse la definición del tratadista Gabino Fraga quien expone: “La administración pública debe entenderse desde el punto de vista formal, como el organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales y que desde el punto de

³⁰ **Ibid.**



vista material es la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como los particulares para asegurar la ejecución de su misión.”³¹

La administración pública como todo elemento del Estado, necesita ordenarse adecuada y técnicamente; es decir, organizarse para realizar su actividad en forma rápida, eficaz y conveniente.

Para ello a través de la evolución de la administración pública, se trata de buscar formas de organización que respondan lo mejor posible a las necesidades del país en un momento determinado.

La administración pública se desenvuelve dentro de un ordenamiento jurídico que va desde la Constitución Política de la República de Guatemala, que ocupa dentro de la pirámide jerárquica el primer lugar; dentro del cual se encuentra estructurado todo el Estado y sus organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial y la casi totalidad de órganos administrativos, entidades descentralizadas y autónomas; de esta forma la Constitución Política regula la estructura y el funcionamiento de los mismos.

³¹. Fraga, Gabino. **Derecho administrativo**. Pág. 4



2.6. Principios de la administración pública

Los principios que rigen y sobre los cuales descansa la actuación de la administración pública; son el principio de legalidad y el principio de juridicidad, los cuales son desarrollados a continuación:

2.6.1. El principio de legalidad

En relación a la legalidad y juridicidad como principios que se deben observar en la administración pública el tratadista Hugo Calderón señala: "... Principio de legalidad. Este debe entenderse desde el punto de vista de ley... el administrador no puede actuar si no existe una norma legal que le otorgue competencia..."³²

Para este principio aplicado a la administración pública, lo fundamental es la aplicación de la ley. Los órganos del Estado no pueden actuar si no existe una norma legal que les otorgue competencia para poder hacerlo. Toda la actividad administrativa del Estado se considera sometida a la ley.

Equivale a la aceptación del principio de legalidad. Los contratos y actos administrativos, deben respetar la legislación vigente, la doctrina y los principios jurídicos aplicables.

³² Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo**. Pág. 28



Es la tendencia y el criterio favorable al predominio de soluciones de estricto derecho en los asuntos sociales, políticos, económicos, culturales y de cualquier otra naturaleza. El principio de legalidad, es aplicar el derecho por medio de principios jurídicos, incluyendo la doctrina jurídica administrativa.

2.6.2. El principio de juridicidad

La aplicación de este principio como base fundamental de la administración pública, es que a falta de una ley que regule la actuación de la administración pública; se puede recurrir a los principios generales del derecho o a las instituciones doctrinarias, evitando caer en una arbitrariedad.

En la administración pública es necesaria la juridicidad, puesto que elimina el empleo de la discrecionalidad y de la fuerza. Plantea la utilización del derecho como método e instrumento de la actividad y decisiones administrativas.

Cuando no existía la juridicidad como principio, el vacío y la ausencia de ley se aprovechó para actuar y decidir en forma discrecional, utilizando la fuerza.

La juridicidad obliga a la administración pública a someter sus actividades y decisiones al derecho administrativo. El Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: "Tribunal de lo Contencioso Administrativo.



Su función es de contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas..."

La juridicidad prescinde de la escala jerárquica y funciona en cierto sentido, perfeccionando la legalidad que no ofrece respuesta a los vacíos, deficiencias e imperfecciones de las leyes.

Los vacíos o lagunas legales y reglamentarias, motivan el deber de aplicar los principios jurídicos. Si no existe principio jurídico aplicable, el deber se convierte en obligación de acudir al juez gestionando la creación del principio jurídico. En todo caso, la situación se resuelve contando con todo el derecho general y especial.

Indica siempre el tratadista Hugo Calderón que el principio de juridicidad: "En este caso ni la Constitución ni la ley indican que la Administración Pública y sus entidades deben actuar en base al principio de juridicidad, pero desde el momento en que la Constitución indica que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es contralor de la juridicidad, significa que la autoridad administrativa debe someter su actuación a la juridicidad y en consecuencia debe aplicar este principio en sus



actuaciones, decisiones, actos administrativos o resoluciones.”³³

2.7. Elementos de la administración pública

En la administración pública, los elementos importantes se pueden resumir y explicar de la manera siguiente:

2.7.1. La actividad

La actividad administrativa se desarrolla a través de la prestación de los servicios públicos, a los cuales está obligada la administración pública para el logro de su finalidad. Observando todos los mecanismos necesarios para un correcto desarrollo del funcionamiento del Estado.

2.7.2. El órgano administrativo

Se consideran órganos administrativos a todos aquellos que pertenecen a la administración pública y que son el medio por el cual se manifiesta la personalidad del Estado.

³³ Calderón, Calderón. **Derecho administrativo**. Pág. 147.



2.7.3. Finalidad

La finalidad no es más que el bien común o bienestar general de toda la población; elemento no sólo doctrinario sino constitucional, establecido en el Artículo 1 de la Constitución Política de la República que regula: "El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común."

2.7.4. El medio

El medio que la administración pública utiliza para el logro del bienestar general o el bien común es el servicio público.

2.8. La organización de la administración pública

En la organización de la administración pública, es necesario que todo elemento del Estado, tenga un orden jerárquico adecuado y técnico; es decir, organizarse para realizar su actividad en forma rápida, eficaz y conveniente.

Se lleva a cabo a través de la evolución de la administración pública, buscando formas de organización que respondan lo mejor posible a las necesidades del país en un momento determinado.



El Organismo Ejecutivo y las entidades públicas de la administración estatal, con la finalidad de lograr la unidad de la acción y ejecución; así como evitar la duplicidad de los esfuerzos y alcanzar económicamente los fines y cumplir las obligaciones del Estado; señalados por la Constitución Política de la República de Guatemala, deben organizarse dentro de las normas de organización administrativa.

2.9. Clases de administración

Dentro de la administración pública, existen cuatro clases de administración, denominadas también formas de administrar, siendo las siguientes:

2.9.1. De planificación

El tratadista Guillermo Cabanellas indica respecto a la planificación estatal: "... establecimiento de una estructura coherente al servicio del progreso nacional o del bienestar público mediante la ejecución de obras, la intensificación productora, que la creación o activación de sustituciones en plazos de intermedia duración... en este último sentido, en moderna aceptación, la academia habla de un plan general, científicamente organizado y frecuentemente de gran amplitud, para obtener un objeto determinado; tal como el desarrollo económico, la investigación científica o el financiamiento de una industria."³⁴

³⁴ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 259.



Consiste en fiscalizar con precisión lo que va a realizarse a futuro, determinar el curso concreto de la acción que ha de seguirse, que principios habrán de orientar a la administración al desarrollo de sus operaciones determinando el tiempo necesario para su realización.

Se dirige a la administración pública al desarrollo de sus actividades, estableciendo las soluciones necesarias.

Se deben contar con los elementos materiales y humanos que lleven los marcos teóricos formados por la planeación.

Puesto que en las funciones que se ejerce se estudia la integración de cosas, refiriéndose especialmente a las personas y sobre todo, al aspecto específicamente administrativo.

2.9.2. Ejecutiva

Esta clase de administración es la que decide ejecutar, realmente tiene y ejerce la competencia administrativa. Posee la facultad legal para poder actuar, a través de las decisiones, actos o resoluciones administrativas.

Dentro de la administración pública existen otros órganos que no deciden ejecutar



como los órganos de control, los órganos asesores, y otros.

Son órganos ejecutivos: el Presidente de la República, Ministros de Estado, Directores Generales, Consejos Municipales, y otros.

2.9.3. De control

Esta clase de administración, se encarga que las tareas administrativas se realicen de conformidad con las normas establecidas.

Respecto al control Guillermo Cabanellas, señala: "predominio, hegemonía, supremacía... dirección, día." ³⁵

Son órganos con independencia de funciones, la Contraloría General de Cuentas, la Corte de Constitucionalidad, el Congreso de la República.

2.9.4. De asesoría

Desarrollan una actividad dentro de la administración pública, su función es aconsejar o asesorar al órgano ejecutivo sobre la conveniencia legal y técnicas de

³⁵ **Ibídem.** Pág. 362.



las decisiones que tomará quien tiene o ejerce la competencia administrativa; se puede citar como ejemplo la Procuraduría General de la Nación.

El tratadista Guillermo Cabanellas, expone: "Administración consultiva. El conjunto de órganos técnicos que asesoran a la administración central, formados por diversos consejos, institutos, comisiones. Realizan estudios, preparan informes, evacúan consultas de las autoridades ejecutivas y cumplen otras funciones asignadas."³⁶

2.10. Actos administrativos

2.10.1. Definición

Los actos administrativos son declaraciones de voluntad emitidas unilateralmente y en forma concreta por los órganos centralizados y entidades administrativas del Estado; que producen efectos jurídicos directos e inmediatos entre la administración y los sujetos a quienes van dirigidos, a partir de su publicación.

2.10.2. Vicios

La falta total o parcial de cualquiera de los elementos de forma o de fondo de los

³⁶ **Ibíd.** Pág. 168.



actos administrativos da origen a los actos viciados; los cuales pueden ser objeto del control directo (recursos administrativos).

Estos se resumen en actos jurídicamente inexistentes y se refieren a que no tienen una existencia jurídica, pues los mismos carecen de requisitos esenciales y los actos anulables que se refieren aquellos actos que tienen apariencia de ser legales, pero carecen de algunos de los elementos de forma o de fondo.

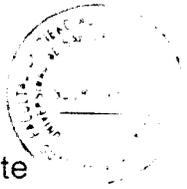
2.10.3. La inacción administrativa

Surge cuando la administración pública no resuelve los expedientes administrativos, en los que los particulares (administrados) han realizado alguna gestión o en algún procedimiento que se inicia de oficio; es de donde surge la figura jurídica del silencio administrativo.

2.10.4. El silencio administrativo

Es la figura jurídica en la que, el órgano administrativo dotado de competencia administrativa, no resuelve las peticiones o las impugnaciones de los administrados.

La Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 28 establece



que el silencio administrativo es una figura que está sujeta a control legal, ser parte del derecho de petición que es el género y el derecho de impugnación que es la especie.

Para que se produzca el silencio administrativo son necesarias las condiciones siguientes: Que la administración pública deba legalmente hacer o resolver algo, que se encuentre un plazo fijado en la ley o reglamento, y que el mismo transcurra sin que la administración se pronuncie o actúe.

Los efectos que pueden producir dependen de la naturaleza de la petición o impugnación.

2.10.5. Clases de silencio administrativo

Entre las clases de silencio administrativo se pueden mencionar las siguientes:

- Silencio administrativo de naturaleza sustantiva

Se da cuando se trata de una petición originaria; el particular está sujeto a control judicial a través de la acción de amparo y para que éste proceda es necesario que dentro de la vía administrativa se encuentre agotado el procedimiento, de lo contrario el amparo devendrá improcedente por prematuro.



El procedimiento administrativo se encuentra agotado cuando está en estado de resolver, esto significa que en el trámite las diligencias administrativas se agotaron.

Agotado el plazo el administrado o particular tiene las opciones de consentir el silencio de la administración pública y esperar indefinidamente la resolución o no aceptar el silencio y accionar mediante amparo a efecto que un órgano jurisdiccional fije un término perentorio para que se emita la resolución administrativa.

- **Silencio administrativo de naturaleza adjetiva**

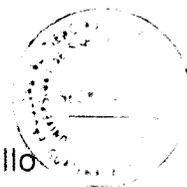
Surge por la falta de resolución ante un recurso administrativo planteado contra una resolución administrativa.

Esto deja con libertad al administrado para poder utilizar la vía judicial a través del proceso contencioso administrativo.

2.11. La administración autónoma, centralizada y descentralizada

El Artículo 224 de la Constitución Política de la República de Guatemala, indica:

División Administrativa: El territorio de la República se divide para su administración en departamentos y estos en municipios.



La administración será descentralizada y se establecerán regiones de desarrollo con criterio económico, social y cultural que podrán estar constituirse por uno o más departamentos para dar un impulso racionalizado al desarrollo integral del país.

Sin embargo, cuando así convenga a los intereses de la Nación, el Congreso podrá modificar la división administrativa del país, estableciendo un régimen de regiones, departamentos o municipios o cualquier otro sistema, sin menoscabo de la autonomía municipal.

2.11.1. Administración autónoma

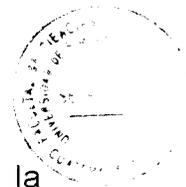
En esta forma de organización el Estado por disposición de la ley transfiere determinadas facultades y atribuciones a un órgano administrativo, otorgándole personalidad jurídica y patrimonio propio para la realización de las mismas; en este caso los órganos o entidades autónomas actúan con plena independencia funcional y económicas, lo que se conoce como autarquía. Se caracterizan principalmente por las circunstancias que se describen a continuación:

- a) Las entidades autónomas no dependen del Organismo Ejecutivo, es decir que este, no ejerce ninguna clase de control político o financiero, pues no manejan fondos públicos sino privativos.



- b) Como órganos autónomos pueden designar a sus propias autoridades, teniendo su propio representante legal.
- c) Se rigen por sus propias leyes, es decir que crean sus propios estatutos y reglamentos.
- d) Generalmente la autonomía es reconocida por la ley constitucional.
- e) Están dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio, por lo que sin perder su calidad de estatal constituyen una persona jurídica de carácter público distinta del Estado.
- f) Cuentan con capacidad para tomar sus propias decisiones y gestionar sus propios asuntos.
- g) La autarquía les permite el autofinanciamiento, gozando de gran independencia económica a disponer libremente de sus propios recursos y captarlos por sí mismos sin depender del Presupuesto General del Estado.

En Guatemala no existe una verdadera autonomía, ya que las entidades denominadas autónomas carecen de suficientes ingresos propios, por lo que se encuentran presupuestadas, dependiendo así financieramente del Estado; de ahí



que al captar fondos públicos son fiscalizadas por mandato constitucional por la Contraloría General de Cuentas.

Así también, el órgano central ejerce control sobre las mismas y en algunos casos dependen del nombramiento de funcionarios por parte del Ejecutivo; de allí que se hable de una semi autonomía.

2.11.2. Administración centralizada

Se denomina así aquella forma de organización administrativa que tiene lugar cuando los órganos de la administración tienen una relación de dependencia y subordinación directa e inmediata con el órgano superior de la misma; no existe autonomía alguna.

Se caracteriza principalmente por dos circunstancias, la primera establecida por todas las funciones estatales que se concentran en un órgano superior, ejerciendo todas las facultades públicas de decisión, revisión, mando, vigilancia, disciplina y nombramiento;

La segunda la existencia de una relación de jerarquía entre los órganos inferiores con el superior; lo que permite tener establecidos los rangos o grados en la administración pública, en relación a los cargos públicos.



2.11.3. Administración descentralizada

Esta representación de organización administrativa, tiene lugar cuando el Estado otorga facultades y atribuciones determinadas a un órgano administrativo; quien actúa con independencia funcional al contar con personalidad jurídica y patrimonio propio, a efecto de prestar ciertos servicios públicos a la colectividad. Ésta se caracteriza por las siguientes circunstancias:

- a) El órgano descentralizado goza de independencia administrativa, realiza todas sus funciones sin depender directamente del gobierno central, sin perjuicio de que en ciertos casos se ejerza determinado control o vigilancia. El Estado a través de la ley ordinaria les otorga personalidad jurídica y patrimonio propio para que puedan ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismos.
- b) Se crea una nueva persona jurídica de carácter público distinta del Estado pero parte de la estructura estatal.
- c) Se rigen por una ley orgánica, la cual regula su personalidad, su patrimonio, su denominación, su objeto y su actividad.
- d) El órgano central les transfiere poderes de decisión y de mando para que manejen su presupuesto con el objeto de que puedan administrar sus recursos y realicen sus actividades económicas por sí mismos; y



- e) Se les permite emitir sus propias normas jurídicas, estatutos y reglamentos, pero sin violar la ley orgánica que los creó ni la Constitución Política de la República.

Respecto a la independencia financiera ésta es relativa, pues solo dependen de su ley orgánica, sino de la Ley Orgánica del Presupuesto, el presupuesto general del Estado, la Ley de Contrataciones del Estado, sus estatutos y reglamentos propios; siendo fiscalizados por mandato constitucional por la Contraloría General de Cuentas.



CAPÍTULO III

3. El derecho penal y el delito penal

Considero que el derecho penal, es el conjunto de lineamientos por el cual se rige en un territorio determinado una población, que debe seguir el ordenamiento de un Estado, no en todos los Estados son los mismos derechos u obligaciones en que se regula el derecho penal.

El derecho penal entonces, se cataloga como un sistema que se conforma en primera instancia por un grupo de presupuestos jurídico penales de carácter general que deben concurrir para establecer la existencia de un delito es decir, permite resolver cuándo un hecho es calificable de ilícito, y por lo tanto, en el caso de los legisladores y jueces, poder cumplir con los fines del derecho penal , dentro de las limitaciones que tiene que tener el Estado en el ejercicio del poder punitivo, contra la sociedad.

3.1. El derecho penal

El derecho penal: “es el que establece regular la representación y castigo de los crímenes o delitos por medio de la imposición de las penas”³⁷ “lo primero que ha de hacer descifrar los bienes jurídicos que han de ser protegidos penalmente y sobre

³⁷ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 345.



esos principios variables en el tiempo y en el espacio, configura específicamente los delitos y establece la pena que a cada uno de ellos corresponde.”³⁸

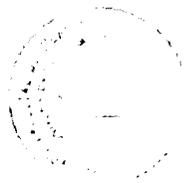
Se establece entonces que el derecho penal, es el conjunto de normas jurídicas y principios doctrinarios, creados por el Estado para determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad; la ciencia penal comprende el estudio del derecho penal que tiene como fin el mantenimiento del orden jurídico previamente establecido; es preventivo, rehabilitador y se encuentra investido de una serie de principios.

3.2. Historia del derecho penal

El derecho es una ciencia antigua que principia con los orígenes de la humanidad, por lo cual la idea de regular las acciones de los hombres siempre ha existido, con el propósito de garantizar la armonía en los grupos sociales, el respeto mutuo, el respeto a las demás personas, especialmente del grupo familiar y sus bienes.

El derecho penal es una ciencia que como rama del derecho es quizá la más antigua e importante de todas porque ha protegido bienes cuya importancia radica en la convivencia y paz social, bienes como la vida, la libertad, la seguridad, la justicia, la paz y la integridad personal.

³⁸ **Ibíd.** Pág. 345.



Las relaciones entre los hombres desde la antigüedad fueron marcadas en sus albores por la falta de regulación; existieron en sus conductas toda clase de arbitrariedades ya que dichas conductas no eran prohibidas, ni las acciones ni las omisiones porque no había sido creado el Estado y el derecho.

Posteriormente, hubo incipientes normas sociales que revestían el carácter prohibitivo, estas normas regularmente no estaban escritas, se trasmitían por la tradición especialmente la tradición oral y la costumbre; sin embargo, fueron el principio de la evolución del derecho y especialmente de la ciencia que nos ocupa del derecho penal; en la evolución misma de estas ideas se puede apreciar que han pasado por un camino largo y que en algunas épocas fueron sanguinarias las sanciones impuestas, hasta llegar a nuestros días, pasando por una serie de ideas penales que han servido para establecer un moderno derecho penal.

3.3. La ley penal

La ley penal constituye una de las fuentes del derecho, tal vez la principal y mas importante en cualquier Estado.

“En sentido amplio, se entiende por ley toda norma jurídica reguladora de los actos y de las relaciones humanas, aplicable en determinado tiempo y lugar”.³⁹

³⁹ **Ibid.** Pág. 233.



3.4. Características de la ley penal

Entre las características se encuentran:

a) Generalidad, obligatoriedad e igualdad

Esta característica de la ley penal es dirigida a todas las personas, naturales o jurídicas que habitan un país, quienes tienen la obligación de respetar y acatar la misma; por lo que resulta ser general y obligatoria para todos dentro del territorio nacional; sin discriminación en cuanto a la raza, sexo, color, religión, posición económica, social, política, etc.

b) Exclusividad de la ley penal

Esta característica se encuentra regulada en los Artículos 1 al 7 del Código Penal; y se refiere a la exclusividad de la ley en la creación del derecho penal, que le corresponde al estado en su ejercicio, ya que de acuerdo con el principio de legalidad, de defensa y de reserva, que contiene el artículo uno del Código Penal guatemalteco, sólo la ley puede crear delitos y faltas, así como establecer las penas y medidas de seguridad para los mismos.



c) Permanencia de la ley penal

La ley penal permanece en el tiempo y en el espacio hasta que otra ley penal la derogue y mientras que está permanezca, debe ser ineludible para todos los habitantes del territorio nacional, sin haber ninguna persona que pueda ser superior a la ley y esto se encuentra establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, y el cual se verifica en el Artículo 153 de la Constitución Política de la República de Guatemala, así como en los Artículos 5 y 8 de la Ley del Organismo Judicial.

3.5. Imperatividad de la ley penal

El Artículo 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala indica: Libertad de acción: Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no esta obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen inflación a la misma y el Artículo 153 de la Constitución Política de la República de Guatemala indica: Imperio de la ley: el imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la república.

Las penas contienen generalmente prohibiciones o mandatos que deben cumplir todos, ya sean de orden público o de conducta, sin dejar nada a la voluntad de las personas; manda a hacer o prohíbe hacer, sin contar con la anuencia de la



persona que sólo debe acatarla ya sea obligación o responsabilidad por la actividad, servicio, cargo o desempeño que desarrolle, caso contrario la amenaza conforme el Código Penal que se basa en la imposición de una pena.

a) Es sancionadora

Siempre conlleva una sanción o un castigo, ello a pesar que el derecho penal moderno se considera que no es su fin supremo porque pretende prevenir, reeducar, reformar, rehabilitar y reorientar a través de las medidas de seguridad y atención directa del delincuente.

b) Es constitucional

Debe tener su fundamento en la Constitución Política de la República de Guatemala y en los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos; ratificados en Guatemala.

3.6. El delito

Con relación al delito, se indica: "Que Delito, culpa, crimen, es el quebrantamiento de la ley. Acción u omisión voluntaria, castigada por la ley con una pena grave."⁴⁰

⁴⁰ Diccionario Oceano color uno. Pág. 290.



Delito es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal tipo que revela su prohibición (típica); que por no estar permitida por ningún precepto jurídico es contraria al orden jurídico (antijurídica) y que, por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable (culpable).

El injusto es la conducta típica y antijurídica que revela el desvalor que el derecho hace recaer sobre la conducta misma; en tanto que la culpabilidad es una característica que a la conducta se adhiere por una especial condición del autor (por la reprochabilidad que del injusto se le hace al autor).

El delito es: “La acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible.”⁴¹

Enrique Bacigalupo, define el delito desde el punto de vista prejurídico como: “La perturbación grave del orden social. Desde el punto de vista de la teoría del delito como la: Acción típica, antijurídica y culpable.”⁴²

El abogado Manuel Ossorio define el término delito de la siguiente manera: “El acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.”⁴³

El delito es una conducta típica antijurídica y culpable, se trata de una definición

⁴¹ Muñoz Conde, Francisco. **Teoría general del delito**. Pág. 4.

⁴² Bacigalupo, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. Pág. 19.

⁴³ Ossorio, Manuel. **Ob.Cit.** Pág. 123.



tripartita del delito.

3.7. Los elementos del delito

Los elementos del delito se clasifican en dos grandes grupos, a saber:

a) Elementos positivos del delito

- La acción o conducta humana;
- La tipicidad;
- La antijuricidad o antijuridicidad;
- La culpabilidad;
- Las condiciones objetivas de punibilidad;
- La punibilidad; y
- La imputabilidad

b) Elementos negativos del delito

- La falta de acción o conducta humana;
- La atipicidad o ausencia de tipo;



- Las causas de inculpabilidad;
- Las causas de justificación;
- Las causas de la inimputabilidad;
- La falta de condiciones objetivas de punibilidad; y
- Causas de exclusión de la pena o excusas absolutorias.

3.8. Teoría del delito

Se le denomina así, a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar que es el delito en general; es decir, las características que debe tener el mismo.

En efecto, cuando el juez, el fiscal, el defensor o quien fuere se encuentra ante la necesidad de determinar si existe o no un hecho constitutivo de contravención a la ley penal, en un caso concreto; se basa en la teoría del delito.

Todo esto indica que para averiguar si una acción constituye conducta delictiva, tiene que estar establecida y tipificada como delito en una normativa específica; como falta o delito, según sea la gravedad de la infracción si existiera.

A este respecto el autor Eugenio Zaffaroni sostiene: "Esta definición del delito como conducta típica antijurídica, culpable y punible, nos otorga el orden en que

debemos formularnos las preguntas que nos servirán para determinar en cada caso concreto, si hubo o no delito, si nos hallamos con una conducta típica; cabe entonces que nos preguntemos si esa conducta es antijurídica, porque en caso negativo no tiene sentido preguntarse por la culpabilidad, porque el derecho no se ocupa de la reprochabilidad de las conductas que no son contrarias a él.”⁴⁴

El concepto de acción juega así un papel básico en la teoría general del delito. A partir de él, y mediante diversas elaboraciones teóricas, se han ido introduciendo los restantes elementos del delito.

“Dentro de la evolución que ha tenido el vocablo tipicidad, cabe citar que en 1906 el profesor alemán Ernesto Beling con su Teoría del Delito, define la tipicidad como elemento fundante del delito, es la condición sine qua non para tildar de criminal la conducta humana.”⁴⁵

El elemento culpabilidad ha sufrido diversas transformaciones históricas: si para el causalismo contenía sobre todo las formas de la responsabilidad subjetiva, el dolo y la culpa; en la actualidad, a partir del concepto finalista de acción, se acepta que el dolo y la inobservancia del cuidado objetivamente debido estén en el tipo, dando lugar a tipos dolosos e imprudentes, la culpabilidad según este concepto, es un juicio de reproche que se formula a quien no se abstiene de actuar, pudiendo hacerlo, de acuerdo al mandato de la norma. Seguidamente aparece la punibilidad

⁴⁴ Zaffaroni, Eugenio Raul. **Manual de derecho penal. Parte general.** Pág. 333.

⁴⁵ De León Velasco, Héctor Aníbal. **Manual de derecho penal guatemalteco.** Pág. 155.



como elemento que aporta contenidos de oportunidad o conveniencia precisos en ciertos casos para poder alcanzar plenamente el concepto de delito”.⁴⁶

La teoría del delito es una construcción dogmática, que establece el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto. Reuniendo todos los elementos necesarios para determinar si una acción humana es contraria a la ley. El objeto principal de esta teoría por lo tanto es el estudio del concepto delito.

La teoría del delito son todas las doctrinas, principios y leyes que contribuyen al conocimiento de un delito desde su etapa preparatoria. Es una elaboración teórica, lógica (no contradictoria) y no contraria al texto de la ley; que permite definir cuándo una conducta puede ser calificada como delito.

La dogmática jurídico-penal, establece límites y construye conceptos, posibilita una aplicación del derecho penal segura y previsible y lo substraer de la irracionalidad, de la arbitrariedad y de la improvisación.

El planteamiento de la culpa va indisolublemente ligado al del riesgo y éste a su vez se encuentra definido por los fines sociales que se persiguen. Las diferentes posiciones teóricas en la evolución de la teoría del delito han encarado de manera distinta la problemática de la culpa.

⁴⁶ **ibid.** Pág. 143.



a) Teorías del delito culposo

Como lo establece el Artículo 10 del Código Penal indicando: **Relación de causalidad:** Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente lo establece como consecuencia de determinada conducta.

- Teoría del causalismo naturalista

Los autores causalistas no se preocuparon mayormente del problema del injusto de los delitos culposos, en la medida en que partían de que tipicidad y antijuridicidad se construían sobre la base de la causalidad y; por tanto, ésta era exactamente igual en un delito doloso y en uno culposo.

- Teoría del causalismo valorativo

Dentro del causalismo valorativo se ha seguido considerando a la acción causal como la piedra angular del sistema, no hubo variación alguna.



La causalidad y el desvalor de resultado determinaban el injusto, ambas categorías eran exactamente iguales, se tratase de un delito doloso o uno culposo; por tanto, se trasladaban mecánicamente las reglas desarrolladas para el delito doloso al culposo.

“Diferente era, en cambio, la situación con respecto a la culpabilidad, es decir, primeramente como una relación valorativa y no simplemente psicológica.”⁴⁷

- **El dolo**

Se puede decir que: “Es la determinación o dirección consistente de la voluntad a causa de un hecho tenido en ley como delito. En dolo directo, indirecto, eventual, de lesión, de peligro, genérico.”⁴⁸ De manera que el dolo se clasifica de la siguiente manera: Establece el Artículo 11 del Código Penal indicando: Delito doloso: El delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.

a) Dolo directo

Es aquél en que la realización típica llevada a cabo es justamente la perseguida por el autor. El dolo directo, también llamado intencional y determinado, aparece

⁴⁷ Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit.** Pág. 229.

⁴⁸ Reyes Calderón, José Adolfo. **Derecho penal.** Pág. 63.



cuando hay perfecta correspondencia entre la voluntad del agente y su resultado.

b) Dolo indirecto

Cuando el resultado, no querido explícitamente por el agente aparece tan necesariamente ligado al evento directamente deseado, que su aceptación implica un querer, aunque indirecto.

c) Dolo eventual

“Es el caso de que la prevención de un resultado antijurídico, ligado sólo eventualmente a otro inequívocadamente querido no detiene al agente en la realización de su propósito inicial.”⁴⁹

d) Dolo de lesión

Surge cuando el propósito deliberado del sujeto activo es precisamente lesionar, dañar o destruir, perjudicar o menoscabar todo o parcialmente, un bien jurídico tutelado.

⁴⁹ Reyes Echandía, Alfonso. **Derecho penal. Parte general.** Pág. 305.



e) De peligro

Surge cuando el propósito deliberado del sujeto activo no es precisamente lesionar un bien jurídico tutelado, sino ponerlo en peligro.

f) Genérico

*“Está constituido por la deliberada voluntad de ejecutar un acto previsto en la ley como delito.”*⁵⁰

3.9. Naturaleza del delito

Ha resultado realmente difícil para los distintos tratadistas de la materia penal, en todas las épocas y en diversos lugares, abordar el tema de la naturaleza del delito; pues ya que la naturaleza es demasiado discutida divergente por los estudiosos del derecho, buscan con ello indagar sobre la esencia del hecho punible con validez universal y permanente.

Al respecto como lo indica el autor Eugenio Calón: “Muchos criminalistas han intentado formular una noción del delito en sí, en su esencia, una noción de tipo filosófico que sirva para determinar si un hecho es o no delictivo. Tales tentativas

⁵⁰ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco. **Ob. Cit.** Pág. 173.



han sido estériles, pues no ha de ser la noción del delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo, aquélla ha de seguir forzosamente los cambios de éstas, y por consiguiente, es muy posible que lo penado ayer como delito se considere hoy como lícito y viceversa.”⁵¹

3.10. Concepto formal del delito

Delito es todo aquello que la ley describe como tal. Toda conducta que el legislador sanciona con una pena.

3.11. Concepto legal del delito

De acuerdo al Artículo 11 del Código Penal, el delito doloso: “Es cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.”

El Artículo 12 del Código Penal, regula que: “El delito culposo es cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia.”

El Artículo 13 del Código Penal indica que: “el delito es consumado, cuando concurren todos los elementos de su tipificación.”

⁵¹ Teoría del delito y culpabilidad. Pág. 8.



3.12. Concepto sustancial del delito

Es el comportamiento humano que a juicio del legislador compromete las relaciones sociales y que frente a ello exige una sanción penal. Ya sea una la sanción penal drástica, según sea el delito cometido y la habitualidad del delincuente.

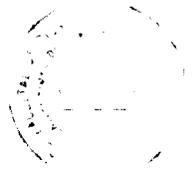
3.13. Concepto dogmático del delito

Es la acción típica, antijurídica y culpable, por lo tanto la teoría del delito es parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa en explicar el delito en general y cuáles son sus características.

3.14. Sujetos del delito

La doctrina generalmente se refiere a dos clases de sujetos:

- El primero que es, quien realiza o comete el delito y que recibe el nombre de sujeto activo, ofensor, agente o delincuente;
- La segunda figura se refiere a quien sufre las consecuencias del mismo y que recibe el nombre de sujeto pasivo, ofendido, víctima y otras denominaciones.



a) **Sujeto activo del delito**

En legislaciones antiguas y principalmente en los pueblos primitivos, absurdamente atribuyeron capacidad delictiva a los animales y hasta a las cosas inanimadas, considerándolos y juzgándolos como sujetos activos de los delitos imputados a los mismos. Sin embargo, con las legislaciones modernas eso fue cambiando y ahora podemos decir que sujeto activo del delito es el que realiza la acción, el comportamiento descrito en la ley. Al ser la acción un acaecimiento dependiente de la voluntad, no puede ser atribuida ni por consiguiente realizada, sino por una persona humana.

El Artículo 35 del Código Penal indica que: **Responsables**: son los responsables penalmente del delito: los autores y los cómplices. De las faltas sólo son responsables los autores.

Sujeto activo del delito es quien lo comete o participa en su ejecución, el que lo comete directamente es sujeto activo primario y el que participa es sujeto activo secundario.

Se puede establecer lo relacionado a la responsabilidad en el ordenamiento jurídico guatemalteco en el Código Penal en el Artículo. 38 regula la responsabilidad individual de los miembros de las personas jurídicas, que hubieren participado en hechos delictivos.



b) **Sujeto pasivo del delito**

Sujeto que sufre las consecuencias del delito. Es el titular del interés jurídicamente protegido, atacado por el delito, o puesto en peligro.

3.15. Las fases para cometer un delito

Se establecen dos formas de cometer un delito, las cuales son:

3.15.1. El iter criminis

En derecho penal se conoce como iter criminis a la vida del delito desde que nace en la mente de su autor hasta la consumación.

Está constituido por una serie de etapas desde que se concibe la idea de cometer el delito hasta que el criminal logra conseguir lo que se ha propuesto; dichas etapas pueden tener o no repercusiones jurídico penales y se dividen en fase interna y fase externa del iter criminis.

a) **Fase interna del iter criminis: la fase de iter criminis**, está conformada por las llamadas voliciones criminales, que no son más que las ideas delictivas nacidas en la mente del sujeto activo, que mientras no se manifiesten o



exterioricen de manera objetiva no implican responsabilidad penal; ya que la mera resolución de delinquir no constituye nunca un delito.

Este estadio del iter criminis se basa en el principio de que el pensamiento no delinque.

b) **Fase externa del iter criminis:** La fase externa del iter criminis comienza cuando el sujeto activo exterioriza la conducta tramada durante la fase interna; en este momento principia a atacar o a poner en peligro un bien jurídico protegido a través de una resolución criminal manifiesta.

El Código Penal reconoce expresamente dos formas de resolución criminal, una individual, la proposición, cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra o a otras personas a ejecutarlo; y la colectiva, la conspiración cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito.

a) **Órgano jurisdiccional**

Para determinar la organización jurisdiccional, se establece que es un ente en el cual el Estado ha delegado la potestad de administrar justicia, es decir que le corresponde juzgar en los casos donde existen controversias y ejecutar lo juzgado. Pudiéndose trabajar en cualquier ámbito de las ramas del derecho como pueden ser del ámbito penal, civil, laboral etc.



b) Parte procesal

Es la persona individual o grupo de personas que dentro de un proceso tienen un interés común.

c) Objetos del delito

Es todo ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo penal.
Es todo aquello sobre lo que se concreta el interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo, y al cual se dirige la conducta del sujeto activo.

Pueden ser las personas individuales o jurídicas, los animales y los objetos inanimados.





CAPÍTULO IV

4. El Ministerio Público e instituciones que velan por la protección de los recursos del Estado

El Ministerio Público, es la institución a quien se le delega constitucionalmente la facultad de investigar un hecho delictivo por denuncia o de oficio; se encarga de realizar las investigaciones para demostrar la culpabilidad o inocencia de un sindicado; se auxilia de otras instituciones para lograr el fin deseado, tal como el Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF), la Policía Nacional Civil y otras instituciones, con delegaciones especiales para demostrar científicamente o asistencia de apoyo en la investigación.

4.1. El Ministerio Público

Es una institución técnica auxiliar de la administración pública y de los tribunales de justicia, con funciones autónomas cuyo fin es velar por el estricto cumplimiento de la ley y en ese sentido le corresponde constitucionalmente realizar la persecución penal y el ejercicio de la acción penal.

Ministerio Público, con referencia el Artículo 107 del Código Procesal Penal y Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala.



La Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 251, establece que el Ministerio Público, auxilia a la administración pública y a los tribunales en forma independiente; es decir autónoma.

De ahí que la función investigativa, con intervención de un juez contralor de los hechos que pudieran generar acción penal, acusación, corre a su cargo. En efecto en el ordenamiento adjetivo penal y la Ley Orgánica del Ministerio Público, desarrolla la parte conducente del precepto constitucional comentado.

El Ministerio Público, como institución goza de plena independencia para el ejercicio de la acción penal y la investigación de los delitos en la forma determinada en el Código Procesal Penal.

Ninguna autoridad podrá dar instrucciones al Jefe del Ministerio Público o sus subordinados respecto a la forma de llevar adelante la investigación penal o limitar el ejercicio de la acción, Artículo 46 del Código Procesal Penal.

El Ministerio Público, por medio de los agentes que designe, tendrá la facultad de practicar la averiguación por los delitos que este código le asigna, con intervención de los jueces de primera instancia como contralores jurisdiccionales.

Asimismo, ejercerá la acción penal conforme a los términos de este código,



concatenada la norma anterior con la que contiene el Artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que establece que tal institución es un ente con funciones autónomas, promueve la persecución penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública, además de velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país.

Establece la ley mencionada que el Ministerio Público, actuará independientemente, por su propio impulso y en cumplimiento de las funciones que le atribuyen las leyes sin subordinación a ninguno de los organismos del Estado ni autoridad alguna, salvo lo establecido en la ley.

4.2. El Ministerio Público como órgano de investigación

El Ministerio Público es el encargado del ejercicio de la acción penal y de la investigación, que es la preparación de la acción.

De conformidad a lo dispuesto en el Artículo 309 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público actuará en esta etapa a través de sus fiscales de distrito, fiscales de sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales de cualquier categoría previstos en la ley, quienes podrán asistir sin limitación alguna a los actos jurisdiccionales relacionados con la investigación a su cargo así como a diligencias de cualquier naturaleza que tiendan a la averiguación de la verdad, estando obligados todas las autoridades o empleados públicos a facilitarles la realización de sus funciones.



Tiene como auxiliares en la investigación a los funcionarios y agentes de la Policía Nacional Civil, quienes están subordinados a los fiscales y deben ejecutar sus órdenes. En su actividad investigadora, el fiscal deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles, para:

Determinar la existencia del hecho con las circunstancias de importancia para la ley penal: “El fiscal tendrá que investigar la existencia del hecho, el lugar, el tiempo, etc...”

Las circunstancias en las que ocurrieron los hechos también pueden ser relevantes para la tipificación o la apreciación de circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes. A la hora de determinar qué hechos son relevantes, será necesario recurrir a la ley penal. Por ejemplo, será necesario determinar si una persona entró en una vivienda o no a la hora de tipificar un allanamiento de morada.

Comprobar la o las personas que intervinieron y cómo lo hicieron según el Artículo 36 y 37 del Código Penal. Asimismo, investigará las circunstancias personales de cada uno, que sirvan para valorar su responsabilidad. Ejemplo: determinar si uno de los participantes se encontraba en situación de inferioridad psíquica, Artículo 26 numeral 1 del Código Penal.

Verificar el daño causado por el delito, aun cuando no se haya ejercido la acción civil. Para efectuar estas investigaciones el Ministerio Público tiene como auxiliares



a los funcionarios y agentes de la Policía Nacional Civil, quienes están subordinados al fiscal y deben ejecutar sus órdenes.

En el ejercicio de su función el Ministerio Público goza de amplios poderes y facultades.

De hecho, todos los poderes que otorga el Código Procesal Penal pueden ser ejercidos por el fiscal, salvo que expresamente la ley lo otorgue a otro órgano, Artículo 110 del Código Procesal Penal.

Sin embargo, el Ministerio Público no tiene una función unilateral de persecución. A diferencia del querellante, cuyo objetivo es lograr la condena del imputado, el fiscal ha de ser objetivo.

Deberá preservar el estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, lo que implica que también tendrá que formular requerimientos, solicitudes y practicar pruebas a favor del imputado. Un sobreseimiento o una secuencia absolutoria no tiene porque ser un fracaso del fiscal. En realidad está obligado tanto a proteger al acusado como a actuar en contra de él, observando siempre la objetividad en su función.

Según lo dispuesto en el Artículo 315 del Código Procesal Penal: "El imputado, su



defensor y el querellante podrán proponer medios de investigación al Ministerio Público en cualquier momento del procedimiento preparatorio. Si los considera pertinentes y útiles tendrá que practicarlos.”

En el caso de que considere que no procede practicar la prueba, el fiscal tendrá que dejar constancia por escrito de los motivos de su denegación.

Por ejemplo, si la defensa propone testigos sobre la buena conducta anterior del imputado, el fiscal los podrá rechazar señalando que no ayudan a determinar cómo ocurrieron los hechos ni el grado de participación del imputado en los mismos. La parte que propuso la prueba rechazada, podrá recurrir al juez para que valore la necesidad de la práctica del medio de investigación propuesto.

En el desarrollo de su investigación el fiscal debe ser muy cauteloso para evitar que se vulnere el derecho de defensa del imputado. Salvo los casos expresamente previstos por la ley, según se establece en el Artículo 314 cuarto párrafo del Código Procesal Penal, el fiscal no puede ocultarle al abogado de la defensa las pruebas practicadas.

El derecho de defensa del imputado, no empieza en el debate ni en el procedimiento intermedio, sino desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra como; se establece en el Artículo 71 del Código Procesal Penal.



El Artículo 48 de la Ley Orgánica del Ministerio Público exige que el Ministerio Público recoja de forma ordenada los elementos de convicción de los hechos punibles; para permitir el control del superior jerárquico, de la defensa, la víctima y las partes civiles.

Para realizar una buena investigación, el fiscal que va a tener a cargo el caso, tiene que oír, respetando las garantías legales, al imputado durante el procedimiento preparatorio; de lo contrario, el fiscal no está escuchando a la persona que puede conocer más directamente los hechos.

No podrá conformarse con la declaración escrita, ya que ésta suele ser limitada y además se pierde la inmediación y la percepción visual.

4.3. Función del Ministerio Público

Respecto a la función del Ministerio Público el Manual del Fiscal, se establece que: “Es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales, encargada del ejercicio de la acción penal pública. Le corresponde la investigación preliminar para preparar el ejercicio de la acción penal pública.”⁵²

⁵² **Manual del Fiscal.** Pág. 15.



4.4. Fines del Ministerio Público

El Ministerio Público, como institución vigilara para que no se cometan arbitrariedades que desnaturalicen el imperio de la ley; esto quiere decir, que entre sus fines principales está el cumplimiento de las leyes del país.

Por ejemplo, que las policías acreditadas en el país, sean respetuosas de los derechos humanos, Artículo 114 del Código Procesal Penal. Que los detenidos sean puestos a disposición de los jueces dentro del plazo que fije la ley, Artículo 6 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Que los detenidos o presos no sean presentados ante los medios de comunicación social, en tanto no exista autorización judicial, Artículo 7 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

4.5. Fiscalía de Sección Contra la Corrupción del Ministerio Público

Fue creada en septiembre de 1999, por el Consejo del Ministerio Público, inició y estuvo integrada por la fusión de las Fiscalías de Delitos Administrativos y Delitos Económicos y con el mandato de combatir los actos de corrupción cometidos por agentes estatales contra la administración pública.

En ese período de fusión desgastó sus recursos en la investigación de delitos contra la administración tributaria y en contra de funcionarios de poca relevancia;



desviando de esa cuenta su atención de casos de mayor trascendencia nacional y de impacto social.

4.6. Sistema Integrado de Administración Financiera (SIAF-SAG)

Fue creado en 1996, es parte de los esfuerzos de modernización del Estado, tiene la virtud de favorecer la transparencia en las operaciones presupuestarias, todo esto sobre la base de tres medidas:

- a) Todos los ingresos y egresos del gobierno central son registrados en el sistema, incluyendo préstamos y donaciones;
- b) El sistema tiene un control detallado de quiénes registran o autorizan las transacciones y en qué fechas son realizadas;
- c) La ejecución del presupuesto está expuesta al público, mediante dos computadoras, una instalada en el Congreso de la República de Guatemala y otra en el Ministerio de Finanzas Públicas; para uso de las universidades y también poseen sitios Web de SIAF.



4.7. Ley de Probidad y Responsabilidad de los Funcionarios y Empleados Públicos

Ley de Probidad y Responsabilidad de los Funcionarios y Empleados Públicos, su objeto principal es regular los procedimientos para transparentar el ejercicio de la administración pública y así evitar el desvío de los recursos y bienes públicos en perjuicio de los intereses del Estado; así como prevenir el aprovechamiento personal o cualquier forma de enriquecimiento ilícitos de las personas al servicio del Estado y las vinculadas con ellas; estableciendo como entes tutelares de la presente ley al Congreso de la República de Guatemala, el Ministerio Público, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de Cuentas y los organismos del Estado, las municipalidades y empresas y entidades descentralizadas y autónomas.

4.8. Congreso de la República de Guatemala

Una de las principales funciones del Congreso es fiscalizar al Organismo Ejecutivo, mediante el control permanente de las acciones de los gobernantes. Para ejercer esta actividad el Congreso cuenta con las herramientas siguientes:

Antejuicio: Ocurre cuando la Junta Directiva o la Comisión Permanente decide formar una comisión pesquisidora para investigar la existencia de fundamento en las denuncias contra funcionarios. Esta actuación debe ser validada por el pleno.



Interpelación: Recurso empleado para cuestionar la labor de un funcionario público en el pleno del Congreso de la República, el puede improbar sus respuestas, en cuyo caso debería ser destituido.

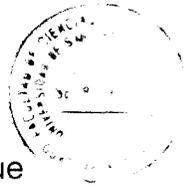
Citación: Es utilizada para que el funcionario citado explique pormenores de su respectiva política e introduzca cambios en la misma.

4.9. Contraloría General de Cuentas de la Nación (CGCN)

Mediante el Decreto 31-2002 se puso en vigencia la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas y que se publicó en el Diario Oficial el uno de junio del año dos mil dos; mediante el Acuerdo Gubernativo 318-2003 se reglamentó la Ley Orgánica de la Contraloría de Cuentas de la Nación.

Su función es fiscalizar los ingresos y egresos de los organismos del Estado, municipalidades, entidades descentralizadas y autónomas; fiscalizar a cualquier persona que maneje o que reciba fondos estatales o haga colectas públicas.

Algunas de las críticas de fondo a la función de la Contraloría General de Cuentas de la Nación, es que hasta el año 2002 sus leyes y reglamentos databan de 1950 y no se encontraban acordes con la Constitución Política de la República de Guatemala vigente, ni con el momento coyuntural que se estaba viviendo; además



se agrega a esa crítica que esta institución carece de autonomía operativa y que este control obedece más a criterios de carácter político que técnico, también carece de recursos financieros y personales y existe discrecionalidad del control para otorgar información a cualquier persona que lo solicite.

La nueva ley de la Contraloría ya tiene instituciones nuevas, tales como la existencia de auditorías externas contratadas para fiscalizar de forma más expedita y técnica las entidades del Estado y contempla de mejor manera su independencia institucional. Hay necesidad que transcurra el tiempo para poder evaluar el desempeño de dicho ente y darle el beneficio de la duda, tomando en consideración que en estos momentos el partido en el gobierno perdió las elecciones presidenciales y serán otros partidos políticos los que gobernarán.

4.10. Superintendencia de Administración Tributaria (SAT)

La SAT fue creada en 1998, es una institución que está en proceso de consolidarse, es un ente autónomo, que manifiesta la voluntad estatal de modernizar la administración tributaria y promover la transparencia fiscal en todo los sectores. Tiene algunos instrumentos que le ayudan en su funcionamiento, entre ellos un Código Tributario, leyes penales que castigan la evasión fiscal. Se señala que el superintendente es una persona nombrado por motivos políticos y que previo a su nombramiento había sido el Contralor de Cuentas de la Nación y con señalamientos de no dar seguimientos a los escándalos financieros, fiscales y



de otra índole relacionados con el gobierno anterior (Portillo). Por ello, también, no obstante que se indica que la recaudación fiscal es deficiente, que sus controles son ineficaces y que se persigue sólo a los pequeños y no así a los grandes evasores.

4.11. Procuraduría de los Derechos Humanos (PDH)

Tiene como función principal el promover el desempeño ágil y respetuoso de la administración pública en materia de derechos humanos; su función favorece a la transparencia, lo que previene ciertas irregularidades del Estado, sus resoluciones no tienen carácter vinculante pero sí moral. Su actividad a la fecha ha tenido elogios y críticas, sobre todo por su propuesta de que se investiguen los poderes de hecho y paralelos del Estado (una de las causas de la corrupción), y que en etapas de crisis mostró carácter y emitió resoluciones en contra de funcionarios públicos.





CAPÍTULO V

5. Soluciones para contrarrestar la malversación

No es de raro encontrar a funcionarios públicos, cumpliendo condenas de uno a seis años, cuando es hurto; de tres a doce años cuando es robo; y de dos a seis años cuando el delito es de malversación o sustracción; y por si fuera poco estos delitos. Pueden gozar de una medida sustitutiva o el pago de una multa para no ir a prisión.

5.1. Análisis jurídico de los delitos cometidos por funcionarios públicos con dinero del Estado

En la actualidad, las sanciones o penas reguladas en el Código Penal guatemalteco no se ajustan a la realidad de los delitos cometidos por los funcionarios públicos; tales como la estafa, el robo, hurto y otros delitos en relación a la malversación; pues no obstante los montos millonarios malversados las penas o sanciones son mínimas, de dos a seis años y multa de veinte mil a cincuenta mil quetzales; sanciones que no compensan el gran daño ocasionado a la administración pública; lo más triste es que las cantidades de dinero involucradas en estos delitos son millonarias, dependiendo de la institución pública a cargo del funcionario público señalado por este delito; no son devueltas, se desaparecen como por arte de magia.



Debido a lo anterior es urgente que se reforme lo relacionado a los delitos comúnmente cometidos por funcionarios públicos; que se aumenten los años de prisión y las multas de acuerdo a los montos malversados, hurtados o robados; o bien que se regule que permanezcan en prisión hasta que devuelvan el dinero o lo paguen.

Lo lamentable de estos casos, es que los funcionarios en la actualidad cumplen la condena mínima y salen de la cárcel convertidos en millonarios a gastarse el dinero de los guatemaltecos.

5.2. Consecuencias de la malversación

“La malversación de caudales públicos, es un delito especial, ya que como hemos visto autor en sentido estricto sólo puede serlo el que ostenta las cualidades personales exigidas en el tipo: la de funcionario público o asimilado”.⁵³

Algunos supuestos de malversación constituyen también delitos comunes de hurto o apropiación indebida. Ello ha llevado a un sector jurisprudencial y doctrinal a considerar aplicable la sanción penal, cuando participen extraños, haciendo a estos responder por el delito común y al funcionario por el especial. La jurisprudencia y doctrina más recientes consideran, sin embargo que son de aplicación también aquí las reglas generales de la participación y unidad del título de imputación. El

⁵³ Muñoz Conde. **Ob. Cit.** Pág. 781.



particular que participe (induzca o coopere) en la malversación del funcionario responderá también de este delito.

En el caso contrario de que sea el funcionario quien participe en la sustracción realizada por el particular, aquél responderá por el delito común, salvo en los casos en que está especialmente previsto el consentimiento a la sustracción como conducta típica de malversación.

El daño es cualquier efecto perjudicial para el servicio, sea de carácter económico, sea en orden a su prestación, aunque no implique una lesión patrimonial; entorpecimiento es cualquier inconveniente en la prestación del servicio según los programas establecidos o sus posibilidades normales.

Tales resultados deben reconocer su origen en la indebida aplicación de los caudales o efectos; no basta que la mala aplicación haya contribuido a su producción, si es que ella reconoce una fuente causal preponderantemente distinta. Además, tienen que referirse al servicio al cual reglamentariamente estaban afectados; por eso, no desaparece la agravante por el hecho de que el desvío haya producido beneficios en otras esferas de servicios administrativos: no es la lesión patrimonial a la administración lo que aquí se pune específicamente, sino la inobservancia de la ley en orden al uso de los bienes.



5.3. Impedimentos para los cargos públicos

Conforme el Artículo 9, numeral 5° de la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos: “No podrán desempeñar cargo o empleo público aunque reúnan las calidades requeridas por la ley - los que hubieren sido condenados por malversación de caudales públicos, defraudación, contrabando, falsedad, falsificación, robo, hurto, estafa, prevaricato, cohecho, alzamiento, exacciones ilegales o violación de secretos.

Este artículo no sólo es discriminatorio, violatorio e ilegal, sino atenta contra el principio de igualdad regulado en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en virtud de que no toma en cuenta la naturaleza del delito de malversación, sus características y elementos, no entra a considerar que el mismo no es de impacto social y que el mismo no tiene graves consecuencias, sino más bien cometerlo es antiético e inmoral.

Al revisar la legislación penal, he establecido que existen otros delitos mucho más graves y que se pueden considerar de grave impacto social como el peculado; en donde además de la pena de multa a la persona se le impone la pena de prisión y a la persona que lo comete no se le inhabilita para ejercer cargos o empleos públicos, a pesar de que en estos casos se sustrae o se consiente que se sustraiga dinero o efectos públicos; y, en la malversación lo único que sucede es que se le



da a estos caudales una aplicación diferente de aquélla a que estuvieren destinados.

Por tales motivos, me parece ilegal, discriminatorio y violatorio de los derechos de la persona humana, la consideración del citado artículo, por lo que el delito de malversación debe ser despenalizado.

5.4. Las sanciones

Los altos grados de ingresos a los centros penitenciarios o prisión preventiva por procesos que se les sindicán a los funcionarios públicos en Guatemala, son altísimos por la vulnerabilidad de punibilidad que existe en el ordenamiento jurídico penal en el cual al sancionar o castigar a dichos funcionarios de la administración pública no existe sanción que compense el grado de daño causado a los bienes del Estado, ya que no es lo mismo castigar seis años a una persona que roba un teléfono celular e imponer la misma pena a un funcionario público que se le sindicó de malversar fondos de la administración pública por cantidades extremadamente altas y millonarias ya que por lo regular en este tipo de delitos los involucrados son más de una persona y la consecuencia del mismo no solo afecta a la administración pública sino que también se daña a toda la sociedad guatemalteca al contrario de la figura del robo ya que esta perjudica los intereses de solo una persona y su núcleo familiar.



En la mayoría de los casos al hacerse público que un empleado o funcionario público, ha sido denunciado y se ha iniciado persecución penal en su contra por la posible comisión del delito de malversación de fondos públicos, aún cuando goce del derecho de antejuicio, el gran conglomerado humano reunido en la comunidad de que se trate, como sucede en el caso de las municipalidades del país, la población, comienza a especular, señalar y a condenar de antemano las acciones de sus autoridades, provoca una censura, una condena, una huella que muchas veces es vergonzosa para las personas y que muy difícilmente se logren borrar, huella que les seguirá por siempre, aun cuando el antejuicio sea declarado sin lugar, o en el proceso penal hayan sido absueltos.

Se le condena de antemano, sin tomar en cuenta la garantía constitucional de presunción de inocencia que les asiste, o sea sufre una pena anticipada. Muchas veces los opositores políticos de la autoridades de turno, aprovechan para sacar ventaja del asunto, indicándole a la población que, sus autoridades se han apropiado, funcionarios públicos a la ley”.

Grandes cantidades de dinero que es del pueblo, y la población por desconocimiento de cómo opera la malversación de fondos, lo cree y ve con recelo, antipatía a las autoridades y considera que estas los han defraudado, solicitan cabildos abiertos para discutir los asuntos y terminan pidiendo la renuncia de sus autoridades.



5.5. Análisis del Artículo 447 del Código Penal y la posible modificación

La circunstancia de que la acción típica se constituya en un cambio de destino de los bienes que son aplicados al que no corresponde, requiere, primordialmente, que los caudales o efectos estén expresamente asignados por la ley, el reglamento o la orden emanan de autoridad competente, a un destino determinado, genérico (por ejemplo para el Poder Judicial) o específico (por ejemplo para compra de muebles).

El destino se cambia afectando los bienes a otro distinto del legalmente determinado, pero sin salir de la esfera de la administración (lo contrario sería ya peculado); es decir, dándole un destino administrativo diferente (por ejemplo que la partida designada al Poder Judicial, se emplee para adquirir vehículos destinados al poder ejecutivo).

Se ha denominado una casería de brujas a los perseguidos de enriquecimiento ilícito, malversación de fondos públicos robo, asalto u otra denominación que señala a una apropiación ilícita, de dinero u objetos que no les corresponde, lastimosamente se ha establecido que muchas personas guatemaltecas se han convertido o han convertido millonarias por el aprovechamiento de las funciones públicas de las cuales poseen y por antejuicios o las pocas sanciones aplicables al delito de malversación es una impunidad terrible ya que el medio justifica las



causas, cumpliendo con sanciones que no se asemejan a el monto extraviado o transferido o las penas de privación mínimas que aplican.

La necesidad de reformar las leyes en materia penal relacionadas a los funcionarios públicos debe de ser de forma inmediata ya que al transcurrir el tiempo se pueden observar nuevas formas de apropiaciones mayores sin amparo de la ley penal.



CONCLUSIONES

1. El Congreso del República de Guatemala, como órgano legislativo de creación y aprobación de leyes no formulan ni aprueban nuevas leyes para sancionar de forma más drástica a los funcionarios públicos y empleados públicos, por defraudación por parte de funcionarios públicos.
2. La Contraloría General de Cuentas, como ente fiscalizador, no fiscaliza adecuadamente a las instituciones públicas para evitar las malversaciones y se encuentran varios sindicados en malversaciones en la administración pública.
3. El Estado de Guatemala, no cuenta con políticas de Estado con relación a la administración pública y para frenar la malversación de fondos de funcionarios o empleados públicos en el territorio de Guatemala con la administración pública.
4. Los funcionarios públicos o empleados públicos, al momento de haber una malversación, no le temen a permanecer en cárcel unos años ya que no se les puede recuperar las cantidades de dinero que roban de la administración pública.





RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala, como órgano de legislación en Guatemala, debe de aprobar leyes para sancionar con mayor cantidad de años de prisión para sancionar más drástica por defraudación por parte de de funcionarios públicos.
2. La Contraloría General de Cuentas, debe de fiscalizar las distintas administraciones públicas que cuentan con recursos del Estado, para que no se den en malversaciones en la administración pública o se detecten de una forma rápida para que no se cometan esos delitos.
3. El Estado de Guatemala, debe de contar con políticas de Estado, ya que no cuenta con acciones, para frenar la malversación en la administración pública y que se pueda castigar de forma apropiada la malversación en la administración pública..
4. Las sanciones o castigo debe de ser más drásticas para que con extinción de dominio o el decomiso de bienes de funcionarios públicos o empleados públicos, que sean encontrados culpables de delitos de cuello blanco, y sean recuperados.





BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. Argentina: Ed. Januraby R.L. 1989.
- BARRIENTOS PELLECCER, César. **Derecho procesal penal guatemalteco**. Ed. Magna Terra Editores. Guatemala 1995.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**. Parte Especial. 2ª. ed. Aumentada, corregida y puesta al día. Ed. Ariel, S.A. Barcelona, España 1991
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Ed. Heliasta. Argentina. 1976.
- CALDERON MORALES, Hugo H. **Derecho administrativo**. 3ª. ed; actualizada, Guatemala: F&G Editores, 1999.
- CREUS, Carlos. **Derecho penal**. Parte Especial. 1t.; 5a. ed.; actualizada. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L. Buenos Aires, Argentina: 1995.
- CUELLO CALON, Eugenio. **Derecho penal**. Parte Especial. 2t.; Decima cuarta edición, revisada y puesta al día por César Camargo Hernández. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, España: 1975.
- DE LEON VELASCO, Héctor Aníbal; José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**, 14 ed, Guatemala 2003.
- DE MATA VELA, Juan Francisco, Hector Aníbal de León Velasco. **Curso De Derecho Penal Guatemalteco**. Parte General. Guatemala; Talleres de Edi-Art.
- DEVIS ECHENDIA, Hernando. **Teoría general del proceso**. s.e. Universidad de Buenos Aires. Argentina. 1984.
- DROMI, José Roberto. **Instituciones del derecho administrativo**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Driskin, S.A. ,1973.



ESCOBAR MENALDO, Hugo Rolando. **Las funciones del Estado en el derecho constitucional guatemalteco**. Guatemala: Ed. Guatemala, 1985.

FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**. 20^{ma} primera edición, México: Ed. Porrúa, S.A., 1981.

HERRARTE, Alberto. **Derecho procesal penal**. Ed. José de Pineda Ibarra, Guatemala. 1978.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. Ed. Temis. Bogotá-Colombia. 1990.

NÚÑEZ, Ricardo C. **Derecho penal argentino**. Parte General. Ed. Bibliográfica Argentina Lavalle. Argentina. 1985.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Ed. Heliasta. México, D.F.

PORTE PETIT, Celestino. **Apuntamientos de la parte general del derecho penal**. Ed. Porrúa, S.A. México. 1989.

RUIZ CASTILLO DE JUÁREZ. Crista. **Historia del derecho**. 9 Edición. Guatemala Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. Ed. Ediar S.A. Argentina. 1990.

RODRIGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español**. Parte Especial. 9^a ed.; Ed. Artes Gráficas Carasa, Madrid, España: 1983.

SOPENA RAMÓN. **Diccionario enciclopédico ilustrado de la lengua española**, Editorial Ramón Sopena, Barcelona. 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. Argentina: Ed. Ediar S.A., 1990.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. 1986

Código Penal. Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. 1973



Código Procesal Penal. Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala. 1992

Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto número 40-94 del Congreso de la República de Guatemala. 1994.

Ley del Servicio Civil. Decreto número 1748 del Congreso de la República.

Ley de lo Contencioso Administrativo.

Ley de Probidad y Responsabilidad de los Funcionarios y Empleados Públicos. Decreto 89-2002 del Congreso de la República.