

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

ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 445 DEL CÓDIGO PENAL

MARÍA CLAUDIA DEL ROSARIO PINEDA MOLINA

GUATEMALA, AGOSTO 2015

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

ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 445 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

MARÍA CLAUDIA DEL ROSARIO PINEDA MOLINA

Previo a Conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, agosto 2015

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

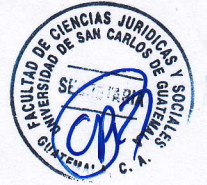
DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

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).



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, veinte de marzo del año dos mil doce.

ASUNTO: MARÍA CLAUDIA DEL ROSARIO PINEDA MOLINA, CARNÉ NO.
200510815. Solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema
que propone, expediente No. 1002-11.

TEMA: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 445 DEL CÓDIGO 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 de que se satisfacen los
requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se
acepta como asesor (a) de tesis al (a la) Licenciado (a): Alfonso Ishpancó Sánchez
Abogado (a) y Notario (a), colegiado (a) No. 7476.

M. A. LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



Adjunto: Nombramiento de Asesor
c.c. Unidad de Tesis
LEGM/jrvch

Lic. Alfonso Ishpancó Sánchez
Abogado y Notario
20 calle 7-22 zona 1, 4º nivel, oficina 7
Teléfonos 22533713 - 56100041



Guatemala, 04 de marzo de 2013

Licenciado
Luis Efraín Guzmán Morales
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Licenciado Guzmán Morales:

En cumplimiento del nombramiento de fecha veinte de marzo de dos mil doce, emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis, procedí a ASESORAR el trabajo de tesis de la bachiller **MARÍA CLAUDIA DEL ROSARIO PINEDA MOLINA**, intitulado "**ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 445 DEL CÓDIGO PENAL**".

1. Para el efecto me permito informar a usted lo siguiente: a) que el trabajo de tesis que procedí a asesorar se encuentra elaborado conforme a la perspectiva doctrinaria adecuada y moderna de los textos legales relacionados con la disciplina; b) que el trabajo referido se encuentra en cuatro capítulos, comprendiendo en los mismos aspectos importantes del tema, de tal forma que la autora en el análisis realizado demuestra que el delito de peculado es aquel ilícito que ataca las arcas del Estado, apropiándose de los fondos públicos, lo cual afecta al desarrollo del país, por lo cual es necesario la creación de una ley específica, asimismo se enfatiza que es indispensable que el Congreso de la República de Guatemala como órgano facultado proceda a reformar los Artículos 445 y 446 del Código Penal, para evitar la comisión de este delito.

2. Que realicé las recomendaciones del caso, así como las correcciones atinentes y necesarias, mismas que fueron observadas y cumplidas fehacientemente por la sustentante del presente trabajo.


En mi opinión, la tesis, efectivamente cumple con los requisitos del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y para el efecto hago constar que: a) el contenido científico y técnico contribuye enormemente a la modernización de la normativa penal; b) en cuanto a la metodología utilizada, en su desarrollo se observó la aplicación científica de los métodos jurídico, analítico e inductivo; c) en lo concerniente

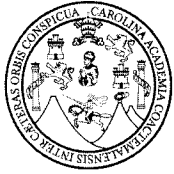
Lic. Alfonso Ishpencó Sánchez
Abogado y Notario
20 calle 7-22 zona 1, 4º nivel, oficina 7
Teléfonos: 22533713- 56100041



a las técnicas de investigación la sustentante aplicó la técnica de investigación documental; d) para el efecto, la redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a claridad y precisión, de tal forma que sea comprensible al lector; e) la sustentante brinda un importante aporte jurídico, así como un enfoque doctrinario y legal, al recomendar que es necesario penalizar en forma más vigorosa la comisión del delito de peculado, generando un marco legal que sienta las bases definitivas para evitar que los actuales o futuros funcionarios y empleados de gobierno, utilicen los recursos del Estado en beneficio propio o de sus familiares, estableciendo una pena de prisión y de multa de acuerdo a los fondos sustraídos por el funcionario cualquiera que este sea, por lo expuesto se deriva que es invaluable la contribución científica que la sustentante realiza en la tesis de mérito; f) las conclusiones y recomendaciones son atinentes, oportunas, claras, sencillas y concretas, con el fin que sus propuestas sean tomadas en cuenta; y g) por último, la bibliografía utilizada es reciente, acorde y exacta para cada uno de los temas desarrollados en el contenido. Por lo antes expuesto, en definitiva, al haberse cumplido con todos los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público referidos, resulta pertinente aprobar el trabajo de investigación objeto de asesoría, por lo que para el efecto procedo a emitir el presente **DICTAMEN FAVORABLE**.

Atentamente,


Lic. Alfonso Ishpencó Sánchez
Abogado y Notario
Colegiado 7,476


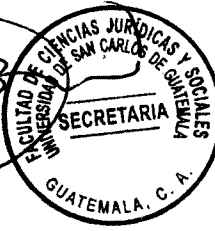


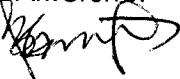
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

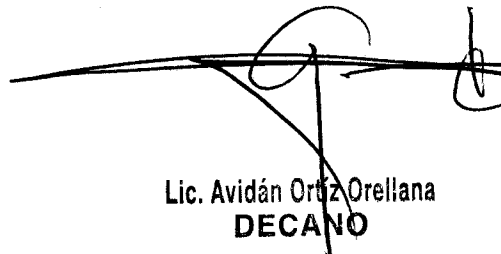
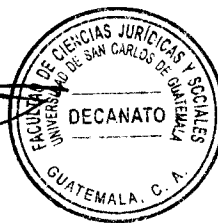


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 22 de julio de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante MARÍA CLAUDIA DEL ROSARIO PINEDA MOLINA, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 445 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.

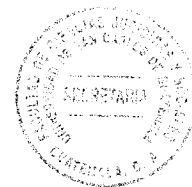
BAMO/srrs.




Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por iluminar mi vida y guiar mis pasos por el buen camino.
- A MIS PADRES:** José Antonio y Carolina, en recompensa por sus sacrificios y sabios consejos.
- A MIS HIJOS:** Esteban Josué y Alison Mayté, por ser la inspiración de mi vida.
- A MI ESPOSO:** Guillermo Alfonso Ishpancó Marroquín, por todo su apoyo y comprensión.
- A MIS HERMANOS:** José Antonio, Cristhian Jacob, Estela Carolina y Elías Aarón, gracias por estar siempre conmigo.
- A LA FAMILIA:** Ishpancó Marroquín, por su apoyo en todo momento.
- A LA UNIVERSIDAD
SAN CARLOS DE
GUATEMALA:** en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

| | Pág. |
|-------------------|------|
| Introducción..... | i |

CAPÍTULO I

| | |
|---|----|
| 1. El peculado..... | 1 |
| 1.1 Antecedentes históricos del delito de peculado..... | 1 |
| 1.1.1 Derecho romano..... | 1 |
| 1.1.2 Derecho moderno..... | 2 |
| 1.2 Concepto-etimología..... | 3 |
| 1.3 Sistema latino y sistema germánico..... | 5 |
| 1.3.1. Sistema latino..... | 5 |
| 1.3.2 Sistema germánico..... | 7 |
| 1.4 Bien jurídico tutelado..... | 8 |
| 1.5 Clasificación de peculado..... | 11 |
| 1.5.1 Peculado propio e impropio..... | 11 |
| 1.5.2 Peculado por aplicación oficial diferente..... | 13 |
| 1.5.3 Peculado por sustracción o expropiación..... | 15 |

CAPÍTULO II

| | |
|--|----|
| 2. El desarrollo del delito de peculado en Guatemala..... | 17 |
| 2.1 Evolución del peculado en Guatemala..... | 17 |
| 2.2 Concepto de servidor público..... | 23 |
| 2.3 Concepto de servicio público..... | 28 |
| 2.4 La función pública y su relación con la Constitución Política de la República de Guatemala..... | 29 |
| 2.5 Semejanzas y diferencias entre peculado y malversación de fondos.... | 31 |
| 2.5.1 Peculado..... | 31 |



| | Pág. |
|---|------|
| 2.5.2 Malversación de fondos..... | 31 |
| 2.5.3 Semejanzas..... | 32 |
| 2.5.4 Diferencias..... | 32 |
| 2.6 Responsabilidad de los funcionarios públicos..... | 33 |
| 2.6.1 Responsabilidad administrativa..... | 35 |
| 2.6.2 Responsabilidad civil..... | 37 |
| 2.6.3 Responsabilidad penal..... | 39 |

CAPÍTULO III

| | |
|---|----|
| 3. Conflictos del peculado en Guatemala..... | 41 |
| 3.1 Análisis del delito de peculado..... | 41 |
| 3.2 Objeto material de la acción..... | 45 |
| 3.3 Concepto de dinero y bienes públicos..... | 45 |
| 3.3.1 Concepto de dinero..... | 45 |
| 3.3.2 Concepto de bienes públicos..... | 46 |
| 3.3.2.1 Principio de exclusión..... | 48 |
| 3.3.2.2 Bienes mixtos..... | 49 |
| 3.3.2.3 El problema del polizón..... | 49 |
| 3.4 La acción de sustraer o consentir..... | 50 |
| 3.5 Consecuencias ocasionadas al Estado del delito de peculado..... | 53 |
| 3.6 El dolo en el delito de peculado..... | 55 |
| 3.7 Formas de aparición del delito de peculado..... | 55 |
| 3.8 Caso inicial..... | 59 |

CAPÍTULO IV

| | |
|---|----|
| 4. Soluciones al delito de peculado en Guatemala..... | 83 |
|---|----|



| | Pág. |
|--|-----------|
| 4.1 Sanciones..... | 83 |
| 4.2 Reforma al Artículo 445 del Código Penal | 84 |
| 4.3 Creación de una ley específica | 87 |
| 4.4 Incluir dentro de la jurisdicción de la Ley de Extinción de Dominio el delito de peculado..... | 87 |
| 4.5 No conceder ninguna medida sustitutiva a los funcionarios o empleados que cometan el delito de peculado..... | 88 |
| CONCLUSIONES..... | 91 |
| RECOMENDACIONES..... | 93 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 95 |



INTRODUCCIÓN

El estudio del presente trabajo es de mucho interés tanto para abogados, jueces, fiscales y estudiantes de derecho, como también para la sociedad en general, debido a que una apropiación del funcionario de bienes que tiene en su poder, por razón de su cargo, sobre todo en el caso de la administración central, produce un daño social, porque afecta a recursos que la comunidad, que a través del Estado, había destinado para su desarrollo y para el cumplimiento de fines comunes. Pero también afecta dineros públicos; es decir, dineros que, en el caso de la administración central sobre todo, son el producto del pago de impuestos y de un esfuerzo colectivo.

Un factor importante es resaltar, a través de la línea jurisprudencial elaborada, el grado de corrupción que implica la comisión del delito de peculado y las consecuencias adversas que conlleva no solo para la administración pública sino también para el concepto nación-Estado. Es de destacar el hecho de que quienes incurrir en este tipo penal sean aquellos que cumplen función pública y que sean precisamente ellos quienes contratarían la voluntad del Estado y peor aún, quienes traicionan la confianza en ellos depositada.

En este orden de ideas, por medio de un análisis doctrinario y jurídico del derecho se busca dar a conocer este delito de peculado, la aplicación del tipo penal, el sujeto activo, sus modalidades, el concurso con otros tipos penales, la indemnización y reparación del daño; así mismo otros factores relevantes para un análisis más a fondo del desarrollo jurisprudencial de este hecho punible, los resultados contra este mal no han sido alentadores o por el contrario han quedado en la mera retórica y discurso político, por ende en la impunidad, de los servidores, de los organismos, entidades del sector público, toda persona encargada de un servicio público, que en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista abuso, desfalco, disposición



arbitraria o cualquier otra forma semejante, que nuestro legislador lo ha tipificado como peculado.

Por tal motivo se investigó cual es la aplicación del tipo penal, el sujeto activo, sus modalidades, el concurso con otros tipos penales, la indemnización, reparación del daño, el grado de corrupción que implica la comisión del delito de peculado y las consecuencias adversas que conlleva para la administración pública y el Estado, las causas que originan la jurisprudencia del Artículo 445 del Código Penal.

La investigación fue realizada desde el punto de vista jurídico: en relación al Artículo 445 del Código Penal, asimismo desde el punto de vista económico, siendo que el delito de peculado adquiere una connotación de un acto que afecta la moral pública, pues la sustracción de dinero o efectos públicos que tenga a su cargo un empleado o funcionario público, es un acto de corrupción en lo privado y en lo público, sobre todo si se trata de dinero, porque es el producto del pago de impuestos y de un esfuerzo colectivo; y desde el punto de vista social: porque es una apropiación del funcionario o empleado público de bienes que tiene en poder, por razón de su cargo, el cual produce un daño social, porque afecta a recursos que la comunidad, a través del Estado, había destinado para su desarrollo y para el cumplimiento de fines comunes.

Por lo cual el presente trabajo se desarrollara de la siguiente manera: capítulo I El peculado; capítulo II El desarrollo del delito de peculado en Guatemala; capítulo III Conflictos del peculado en Guatemala; capítulo IV Soluciones al delito de peculado en Guatemala.

En el presente trabajo se utilizaron la técnica de recopilación de datos para captar la realidad del grupo de sujetos a investigar, tratando de captar aspectos significativos y así obtener un contenido objetivo y real, utilizando el método científico de investigación, haciendo uso de los diferentes sistemas de compilación de principios y teorías doctrinarias extraídos de libros de texto y de las leyes aplicables al tema investigado.



CAPÍTULO I

1. El peculado.

1.1. Antecedentes históricos del delito de peculado.

Entre las leyes más antiguas de la humanidad que hablan del tema conocemos, el Código de Manú o Leyes de Manú, dedica algunas de sus disposiciones al peculado o concusión.

En su libro VII, relativo a la conducta que deben observar los reyes dice:

“Muchos soberanos a consecuencia de su mala conducta, han perecido con sus bienes, mientras que ermitaños han obtenido reinos por su cordura y humildad los empleados que llevan su perversidad hasta sacar dinero de los que tienen que tratar con ellos deben ser despojados por el rey de todos sus bienes y desterrados del reino”.¹

Por lo que se puede creer que hace más de tres mil años ya se castigaba el ilícito de peculado o concusión, como en esa época se conocía.

1.1.1. Derecho romano:

El delito de peculado tiene su origen en el derecho romano primitivo, donde se le conoció con el nombre de *Apeculatus* o Apeculado. El peculado era el hurto al patrimonio, ya sea privado o del pueblo romano. El *peculatus*, inicialmente, fue una forma agravada del hurto; en el cual el agravante obedecía a la naturaleza de las cosas sobre las que recaía, que debía tratarse de dinero público. Este delito reprimía, entonces, la apropiación de cosas públicas.

A través del tiempo la figura fue sufriendo distintas modificaciones. En el derecho

¹Flores Uzcátegui Gustavo y García Falconí José. **Manual de prácticas procesal en los juicios por peculado**, Pág. 57.

romano cesáreo, la característica principal del peculado dejó de recaer en la naturaleza de las cosas protegidas, para ubicarse en la calidad del sujeto activo y en la relación entre éste con los bienes objeto de la acción. Entonces, el concepto fue más amplio que el de hurto y dentro de aquel, se comprendieron toda clase de defraudaciones contra la caja pública, aun cuando tales actos, no consistiesen en tomar o sacar dinero de ésta.

La característica esencial del peculado era el abuso de confianza, la cosa no debía ser transferida, sino confiada en custodia al autor del peculado.

En conclusión en Roma, a partir de la denominada Ley Julia, se conoció el *furtum* apoderamiento ilegítimo de cosa mueble parcial o totalmente ajena, que recaía sobre un objeto de titularidad privada; *el furtum publicae pecuniae*, que era un hurto agravado, que se diferenciaba del primero por la naturaleza pública del objeto mueble sobre el que recaía del delito – *res publicae* o *res sacrae* -, los que por aquel entonces resultaban equiparables y castigado con la pena de muerte o la pena de destierro y por último, una figura más leve, el denominado *crimen residuorum*, crimen de residuo o también denominado *peculio impropio*.

1.1.2. Derecho moderno

En su posterior evolución, la figura del peculado se fue diferenciando claramente del hurto. La distinción entre ambas figuras ya no consiste en la naturaleza de la cosa sobre la cual recaiga la conducta.

En el derecho moderno (incluido el nacional) se entiende al peculado no solo como un mero abuso de confianza, sino como una forma de abuso de autoridad o abuso de la función pública.

Por otra parte, se convierte en un requisito esencial del delito que el sujeto activo sea siempre un funcionario o empleado público. El bien jurídico protegido es el patrimonio del Estado.

Por ello, la figura se asemeja más a otros tipos penales como el abuso de confianza, la retención indebida y la defraudación por administración infiel; con la salvedad ya expresada en el sentido de que el peculado no constituye un mero abuso de confianza, sino un abuso de la función pública.

Esto es así, en virtud de que los bienes sobre los que debe recaer la conducta, deben ser fondos públicos que se encuentran funcionalmente confiados a la custodia del empleado o funcionario público.

1.2. Concepto-etimología.

El término peculado proviene del latín **pecus** que significaba ganado, y cuyo uso se extendió luego para nombrar a la moneda de cobre en la que aparecía la cabeza de un buey. El uso de este término se generalizó luego para designar el patrimonio público. Este dato histórico permite entender que el sentido original del delito de *peculado* consistía en la apropiación del patrimonio público, con el consiguiente perjuicio patrimonial que ello representa.

El peculado es un delito consistente en la apropiación indebida del dinero perteneciente al Estado por parte de las personas que se encargan de su control y custodia. Etimológicamente el vocablo proviene del latín **peculare**, que es tomar algo indebidamente del peculio ajeno. Significa hurtar bienes del Estado, o del tesoro público pero con la específica característica de que el sujeto activo del delito es un funcionario o empleado público, o sea una persona que estaba encargada de su administración y custodia, en un ejercicio claramente abusivo de sus funciones. Otro factor importante es resaltar el grado de corrupción que implica la comisión del delito de peculado y las consecuencias adversas que conlleva para la administración pública.

En cuanto a su definición, varios autores lo definen de la siguiente manera:

1.El funcionario público o el encargado de un servicio público que, teniendo por razón



de su cargo o de su servicio, la posesión de dinero o de otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública, se los apropie o los distraiga en provecho propio o ajeno,....”²

2. El peculado es la apropiación de cosas públicas cometida por una persona investida de algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de éste, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas...”³

3. Peculado (*péculatAmtsunterschlagung*) es la apropiación de dinero o de una cosa mueble, perteneciente a la administración pública, cometida por un funcionario público o el encargado de un servicio público, que por razón de su cargo está en posesión de esos bienes...”⁴

4. Se entiende por peculado la incorrecta aplicación de las cosas o efectos confiados a Un funcionario que tenía el encargo de darles un fin previamente convenido establecido...”⁵

5. Es la sustracción de caudales del erario público, hecha por las mismas personas que los manejan....”⁶

6. Peculado es la Sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración...”⁷

7. Delito que consiste en el hurto de caudales del erario público, hecho por aquel a quien está confiada su administración...”⁸

Así mismo el Código Penal en su Artículo 445, define que comete el delito de peculado: el funcionario o empleado público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga dinero o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones; así también, el funcionario o empleado público que utiliza en provecho propio, trabajo o servicios pagados con fondos públicos.

² Paredes Escobar, Cesar Bayardo. **El delito de peculado en el Ecuador**. Pág. 33.

³ Carrara Francesco. **Derecho penal**. Pág. 200.

⁴ *Ibíd.* Pág. 33.

⁵ *Ibíd.* Pág. 34.

⁶ *Ibíd.*

⁷ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 355

⁸ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas y sociales**. Pág. 706.



de su cargo o de su servicio, la posesión de dinero o de otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública, se los apropie o los distraiga en provecho propio o ajeno,....”²

2. El peculado es la apropiación de cosas públicas cometida por una persona investida de algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de éste, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas...”³

3. Peculado (*péculatAmtsunterschiagung*) es la apropiación de dinero o de una cosa mueble, perteneciente a la administración pública, cometida por un funcionario público o el encargado de un servicio público, que por razón de su cargo está en posesión de esos bienes...”⁴

4. Se entiende por peculado la incorrecta aplicación de las cosas o efectos confiados a Un funcionario que tenía el encargo de darles un fin previamente convenido establecido...”⁵

5. Es la sustracción de caudales del erario público, hecha por las mismas personas que los manejan....”⁶

6. Peculado es la Sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración...”⁷

7. Delito que consiste en el hurto de caudales del erario público, hecho por aquel a quien está confiada su administración...”⁸

Así mismo el Código Penal en su Artículo 445, define que comete el delito de peculado: el funcionario o empleado público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga dinero o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones; así también, el funcionario o empleado público que utiliza en provecho propio, trabajo o servicios pagados con fondos públicos.

² Paredes Escobar, Cesar Bayardo. **El delito de peculado en el Ecuador**. Pág. 33.

³ Carrara Francesco. **Derecho penal**. Pág. 200.

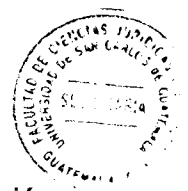
⁴ *Ibid.* Pág. 33.

⁵ *Ibid.* Pág. 34.

⁶ *Ibid.*

⁷ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 355

⁸ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas y sociales**. Pág. 706.



De las citadas definiciones podemos colegir que el delito de peculado implica actuación consciente y voluntaria para la disposición arbitraria, dolosa de fondos o bienes públicos, de instituciones en que este tenga parte, apropiándose en beneficio propio o de un tercero, algún bien o dinero que el funcionario o empleado público tiene en su poder o bajo su control en razón de su cargo, tenencia o custodia confiada en razón o con ocasión de sus funciones, por lo que se deja claro además, que esta clase de conducta agota el *inter crimines* en todas sus fases, siendo eminentemente doloso.

1.3. Sistema latino y sistema germánico.

El **peculado**, es un delito que está configurada en la legislación italiana que proviene directamente del derecho romano. Razón por la cual el término peculado tal se mencionó anteriormente, viene del vocablo latino **peculatus** que era el **furtum** de cosas pertenecientes al Estado. El jurista romano Labeón, definió el **peculatus** como hurto del dinero público o sagrado, cometido por quien lo conservaba, no por cuenta suya.⁹ El peculado romano, además de lo que hoy conocemos como peculado, comprendía ciertos casos de malversación. Tal el caso de no poder responder de la cantidad debida, cuando se tiene que responder en especie, por haberle dado al dinero que se tenía, pero que pertenecía al Estado, un uso diverso.

La apropiación de un bien público que un funcionario público tiene bajo su posesión, por razón de su cargo, es punible en todos los países.

Sin embargo, hoy día hay dos visiones del problema, que podríamos llamar a una visión latina y a la otra visión germánica.

1.5.1. Sistema latino

En el sistema latino, existe una doble protección de los bienes públicos del Estado. Por un lado, son protegidos como cualquier sujeto privado, por los tipos penales que

⁹ Paredes Escobar, Cesar Bayardo. Op. cit. Pág. 32.

protegen el patrimonio y la propiedad. Estos delitos son de resultado, porque la lesión al bien jurídico, propiedad o patrimonio, según el caso, tiene como presupuesto la existencia de un perjuicio patrimonial. Por otro lado, son protegidos como entes públicos, que han depositado su confianza en un funcionario, para la administración, custodia o percepción de bienes o dineros públicos, por razón de su cargo. Lo que se castiga es la violación al deber de probidad del funcionario con relación a los bienes que le fueron confiados por razón de su cargo, y no la lesión patrimonial, que puede existir o no. En este caso, el delito es contra los deberes de la función pública, que le dan al funcionario un especial deber de probidad respecto a los bienes que administra. El legislador protege los bienes o dineros estatales, mediante un delito de peligro.

El funcionario público, que posee la cosa a nombre y por cuenta del Estado, para realizar los fines de éste, es también un poseedor *alieni iuris*; posee bienes ajenos en virtud de un título de posesión (su cargo), que no le permite intervenir y traicionar su título y empezar a poseer *animo domini*; no puede convertirse en propietario, o actuar realizando actos de propietario, de los bienes o dineros que le fueron confiados por razón de su cargo.

En la traición del título, pretender transformarse en propietario de cosas ajenas, hay una violación a un deber fundamental: el deber de probidad. Probidad no es un concepto que defina el Código Penal ni otra disposición legal. Es un término del lenguaje común que de conformidad con el Diccionario de la Real Academia significa honradez y rectitud en el obrar. Este deber, en principio, es común a todo ser humano y no solo de los funcionarios públicos y deriva de un sentimiento de probidad, propio de los seres humanos, de no apropiarse de lo ajeno.

El deber de probidad es común a todas las personas que poseen, para administrar o para custodiar o para otros fines, bienes ajenos. Por ello, la violación del deber de probidad es común a todos los poseedores de bienes o dineros ajenos que traicionan el título y que, de poseedores *alieni iuris*, pretenden convertirse en poseedores *animo domini*. Viola tanto el deber de probidad el autor de una apropiación indebida o de una



administración fraudulenta, como el funcionario público que posee, por razones del cargo, dineros o bienes pertenecientes al Estado, que pretende poseer a nombre propio.

En el autor del peculado existe un elemento adicional. Siendo que el autor del hecho debe ser un funcionario o empleado público que ha obtenido la posesión de los bienes, para administrarlos, custodiarlos o entregarlos al Estado por razón de su cargo de funcionario o de empleado público, la traición del título de posesión, que implica la violación al deber de probidad, se acompaña siempre con la violación de deberes del cargo; es decir, se acompaña con violación de deberes públicos. No es que el perjuicio al Estado o al ente no exista, pues la naturaleza de las cosas nos dice que nadie sustrae o consintiere que otro sustraiga los bienes que tiene a su cargo.

1.5.2. Sistema germánico.

El derecho penal alemán castigó, en su Artículo 350 como delito de funcionario, es decir, como delito especial propio, la apropiación indebida en el cargo (Amtsunterchlagung), figura que correspondía, en términos generales, a nuestro actual delito de peculado. En 1974 el legislador alemán derogó el Artículo 350, pues consideró que las disposiciones de la apropiación indebida (Artículo 246) son aplicables a quienes poseen bienes (del Estado, de los particulares, o de entes públicos) y los tienen bajo su administración, poder o custodia por razón de su cargo. La violación al deber de probidad del funcionario podría fundamentar una circunstancia agravante, pero no es suficiente para transformar el caso en un tipo penal independiente. Según doctrina alemana, esta regulación del problema evita los razonamientos falsos o paralogismos a que conlleva una figura de peculado, independiente de la figura madre de la apropiación indebida.

Igual sistema que el alemán es seguido actualmente en Suiza. La situación fáctica que llamamos peculado es castigada como Violación a la confianza de cosas ajenas (Veruntruungfremder Sachen), en el Artículo 138, inciso 1, del Código Penal suizo, sin distinguir si el sujeto activo es funcionario, si la cosa es del Estado, etc.



1.4. Bien jurídico tutelado.

El *Ius Puniendi* es una facultad que corresponde única y exclusivamente al Estado que como ente soberano debidamente organizado, tiende a la protección de ciertos valores que son indispensables para el desarrollo y la convivencia social; cuando esa serie de valores humanos, materiales y morales, son elevados a categoría jurídica por parte del órgano estatal, es cuando trascienden en el derecho penal como bienes o intereses jurídicamente protegidos o tutelados por el Estado, encontrando cada uno de ellos, acomodo en cada una de las figuras de delito que encierran todos los códigos penales del mundo, por tal razón reciben el nombre de Bien Jurídico Tutelado en el Delito, que doctrinariamente se conoce como el objeto jurídico de ataque en el delito.

El bien jurídico tutelado es de vital importancia para la constitución de las figuras delictivas, a tal extremo que no se puede concebir un delito que no pretenda la protección de un bien jurídico, todos los delitos tienen un interés jurídicamente protegido, y que cuando se dice bien jurídicamente protegido, se habla de un bien que esta elevado a categoría jurídica por parte del Estado. La lesión de los intereses de la sociedad, derivada de la conducta del hombre por reprobable que sea, no tiene consecuencia alguna, si el derecho punitivo no ha tomado bajo su tutela el interés afectado. Por lo que con la creación del tipo penal, el interés pasa a la categoría de bien jurídico y la lesión respectiva es ya una lesión puesta en peligro de un bien jurídico.

Es importante mencionar que para Binding, citado por Raúl González, Salas Campos el bien jurídico es “todo lo que ante los ojos del legislador tiene significación para la vida sana en común”¹⁰.

Como también Liszt, citado por Raúl González, Salas Campos menciona que “Un Bien Jurídico no es un bien del derecho sino un bien de los hombres, reconocido y protegido por el Derecho... El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a Bien Jurídico”¹¹.

¹⁰ La teoría del bien jurídico en el derecho penal. Pág. 19.

¹¹ Ibid Pág. 23



Así mismo es importante mencionar que Tutela, según la Real Academia Española significa Protección, por lo que basta observar la ubicación del Artículo 445, dentro del Título XIII, Capítulo IV del Código Penal, lo cual permite inferir su etiología.

Por lo que el Artículo 445 del Código Penal es puesto por el legislador en los delitos contra la administración pública, lo cual permite inferir, al menos formalmente, que el peculado es un delito contra los deberes de la función pública. El peculado es un delito contra el *deber de probidad* en los deberes de la función pública, respecto a los bienes o dineros que un funcionario tiene por razón de su cargo.

La doctrina latina considera que la violación al deber probidad del funcionario público en sus deberes de la función pública, justifica la construcción de un tipo penal, cuyo contenido injusto sea esa violación, con independencia del resultado. La doctrina germana considera que esa violación es suficiente para definir el contenido injusto de un delito, sino que ella podría justificar una circunstancia agravante, de un delito de resultado: la apropiación de dineros que le fueron confiados al funcionario, por razón de su cargo.

El peculado no es un delito contra la propiedad ni contra el patrimonio de personas particulares, es un delito contra el dinero o efectos públicos del Estado, que a un funcionario o empleado público le fueron confiados por razón de sus funciones.

La visión del peculado acierta en dos aspectos de violación al deber de probidad, por un lado, hay una violación al deber de honradez del funcionario o empleado público como persona, pero también hay una violación al deber del funcionario o empleado público como funcionario o empleado público, de administrar y custodiar correctamente los bienes y dineros del Estado. Una obligación, la primera, es de carácter moral, que cuando el funcionario o empleado público, que administra bienes del Estado, produce consecuencias jurídico-penales. La otra, la obligación del funcionario o empleado público, es de carácter jurídico, pues proviene de la situación del individuo con relación al derecho público; es decir, por su condición de funcionario o empleado público que

posee bienes o dineros, por razón de sus funciones. El peculado adquiere así una connotación de un acto que afecta la moral pública, pues la acción de sustraer o consentir que otro sustraiga dinero o efectos públicos que están en su posesión por razón de sus funciones, es un acto de corrupción.

En este sentido escribe Manzini, citado por Francisco Castillo Gonzalez lo siguiente: “en cuanto a la esencia económica de la cosa, para ser objeto de peculado, debe tener ciertamente un valor, ya que las cosas sin valor alguno no tiene el derecho razón de ocuparse, ya que falta todo interés”¹².

Protegiendo el peculado, como bien jurídico tutelado de manera secundaria, el patrimonio del Estado, en los casos en los que se produzca con los ilícitos un perjuicio patrimonial al Estado o al ente público, es posible asumir la existencia de un delito continuado. Conforme al Artículo 71 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, si los delitos en concurso son con el mismo propósito o resolución criminal, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la sanción que corresponda al delito, aumentada en una tercera parte. No es necesario, en el delito continuado, que el bien jurídico patrimonial sea el tutelado de manera prioritaria; basta que sea tutelado de manera secundaria. La asunción del delito continuado debe cumplir los requisitos objetivos de esta figura, homogeneidad del modo de comisión (igualdad de la norma material violada, igualdad de las características interiores y exteriores del desarrollo del hecho) y lesión al mismo bien jurídico, lo mismo que el presupuesto subjetivo (persecución por el agente de la misma finalidad).

La figura del delito continuado permite una mayor adecuación de la pena, la pena es la prevista para el delito más grave, aumentada hasta otra tercera parte, a la culpabilidad del autor y a la gravedad del hecho, que la aplicación de las reglas del concurso material de delitos.

Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto número 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala, establece en el Artículo 5 los bienes jurídicos tutelados por el Estado que serán administrados por los

¹² El delito de peculado. Pág. 19.

funcionarios o empleados públicos: **Bienes tutelados**. Los bienes tutelados por la presente ley son los siguientes: a) El patrimonio público, de conformidad con el Artículo 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala y Artículos 457, 458 y 459 del Código Civil, y otros que determinen las leyes. b) Los aportes que realiza el Estado, sus organismos, las municipalidades y sus empresas, las entidades públicas autónomas y descentralizadas, a las entidades y personas jurídicas indicadas en el Artículo 4 inciso c) de la presente ley, así como los fondos que éstas recauden entre el público para fines de interés social. c) Los fondos y aportes que perciban y reciban con ocasión de colectas públicas los comités, asociaciones, patronatos y demás organizaciones no gubernamentales debidamente autorizados, para la realización de actividades sociales de cualquier naturaleza. d) Los fondos o aportes económicos que perciban del Estado, sus organismos, municipalidades y sus empresas, y de las entidades descentralizadas y autónomas, las entidades o personas jurídicas y comités indicados en el Artículo 4 incisos c), d) y e), para garantizar su debida inversión. e) Los demás que regulan la Constitución Política de la República de Guatemala y leyes específicas.

1.5. Clasificación de peculado.

El término peculado se usa de manera general para expresar la idea de apropiación de fondos pertenecientes a la administración pública, realizada por el encargado de administrarlos, este se ha desarrollado en las diferentes legislaciones y las diferentes clasificaciones que le ha dado la ley y la doctrina así tenemos:

1.5.1. Peculado propio e impropio.

En la doctrina Carrara, citado por Cesar Bayardo Paredes Escobar en su obra el delito de peculado en el Ecuador, distingue entre **peculado propio e impropio**, define al primero diciendo que “es la apropiación de cosa pública cometida por una persona investida de un oficio público, a la cual en razón de él, le había sido entregada la cosa apropiada, con la obligación de conservarla y restituirla”¹³, mientras que el segundo o

¹³ Op. cit. Pág. 36.



sea al peculado impropio, indica que es un delito contra la propiedad, como por ejemplo el hurto de cosa pública, cometido por persona extraña a su administración.

El peculado propio es una figura delictiva, que tiene como elementos típicos que el sujeto activo sea un funcionario público, entendiéndose como tal, aquel que realiza la función pública, se trata de un delito especial propio, no todo funcionario público será autor de este delito, el tipo penal exige que la administración, percepción o custodia de los bienes públicos deben haber sido confiados al funcionario o empleado público en base al cargo que ocupa, requiriéndose la existencia de una relación funcional específica.

En el peculado impropio, encontramos verbos rectores alternativos del comportamiento típico, estos son apropiarse y utilizar, existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y; utilizar es servirse del bien como ejercicio de una ilícita propiedad sobre el mismo y que excluye de ella al Estado, esta forma delictiva también se denomina peculado por extensión, incluidos los particulares en el caso del sistema financiero, el denominado peculado impropio requiere por parte del agente un acto de disposición de los bienes, caudales o efectos sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad.

También debemos aclarar que en la doctrina moderna se distingue entre peculado (propio) y malversación de fondos públicos, aunque por lo regular las legislaciones emplean una u otra denominación en sentido genérico, de tal forma que dentro de la primera se incluye la última y viceversa.

Comparativamente el Código Español, bajo la denominación genérica de malversación de caudales públicos que significa intervenir a estos ilícitamente, comprende el peculado propiamente dicho y dos figuras distintas de malversación. Por lo que se llega a la conclusión que la primera consiste en la aplicación a usos



propios o ajenos de los caudales o efectos públicos puestos a cargo del funcionario o empleado público y la segunda, aquella que se configura cuando este “diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados” En otros casos se llama *peculado a la malversación* por aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados los caudales o efectos públicos y a la que está constituida por el uso indebido(sin apropiación) de los mismos, al peculado propio.”¹⁴

1.5.2. Peculado por aplicación oficial diferente.

El funcionario público que diera a los fondos o efectos que administra una aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, incurrirá en interdicción para ejercer empleo o cargo público.

Si de ello resultare algún daño o perjuicio, se impondrá además una multa. Respecto de la punibilidad de esta figura no existe uniformidad en la doctrina ni en el derecho escrito.

Este sería -dice Magiore- citado por César Bayardo Paredes Escobar, “el caso del funcionario que dispusiera arbitrariamente la ejecución de trabajos públicos, para procurarse electores”. Y agrega a continuación: “En cambio, no constituye peculado, sino simple ilícito administrativo, el traslado indebido de un capítulo a otro del presupuesto”.¹⁵

Groizard, citado por César Bayardo Paredes Escobar, formula severas críticas al legislador español por haber incorporado la referida figura (traslado indebido de una partida presupuestaria a otra) a su Código, en donde pasó a varios iberoamericanos.

Estima dicho tratadista, que:

“No es bastante por sí sola la infracción de los reglamentos administrativos respecto de la aplicación de los caudales públicos. Para poder equitativamente castigar con una

¹⁴ Pacheco Osorio, Pedro. *Derecho penal especial*. Pág. 134.

¹⁵ *Op. Cit.* Pág. 38.



pena, a quien sin intención de lucro ni ánimo siquiera de perjudicar al Estado, da a los fondos que tiene bajo su mano, la aplicación pública distinta de aquella para la cual estaban consignados”.¹⁶

González Roura, citado por César Bayardo Paredes Escobar, destaca que “la indebida aplicación de un funcionario público que da a los caudales que administra, interviniéndoles en objetos de utilidad común, no solo no hay el dolo criminal que lo mueve cuando se apropia de ello, sino que indudablemente en el primer caso, cree él hacer una obra meritoria y el perjuicio solo es posible, si existe por igual, para la opinión en general, que no ve en ello la obra de un delincuente. Es así como es de costumbre en el poder que Presidentes, Ministros, Gobernadores, dan a los caudales públicos un destino diferente del señalado por la ley, por lo tanto ni ellos han sido considerados como malversadores, ni el público les ha considerado como tales”.¹⁷

Los argumentos citados no bastan para quitarle al hecho el carácter delictuoso, lo que se protege con su incriminación no son los fondos públicos, sino la administración pública, la cual no puede dejarse ni estar sujeta al capricho de sus servidores, con el riesgo de que se convierta en el caos la administración de los recursos públicos.

Podemos entender que lo que se castiga es la violación de la norma, por desvío de los dineros o efectos públicos, dando un destino diferente al determinado, por tal razón la pena no puede ser más benigna o benévola.

Es muy importante para la buena marcha de la administración pública, que los fondos públicos sean administrados correctamente, al amparo de lo que dispone la Constitución de la República y las leyes que la consagran.

Se debe tener en claro, que el sujeto activo del delito, es únicamente el funcionario público que administra, que tiene bajo su responsabilidad los valores o recursos

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

públicos o efectos respectivos a él encomendados.

Un particular, salvo ciertos casos de excepción, como explicaré más adelante, no puede cometer esta clase de delito, en la misma situación que se halla el funcionario público que no tiene la administración directa de los bienes o recursos, por lo tanto habrá que determinar los grados de responsabilidad, de participación dentro de la administración de los recursos públicos; sin embargo, pueden concurrir como partícipes, por cuanto el verbo administrar abarca su acepción propia de gobernar, regir, cuidar.

Expresa el autor “el funcionario que posea cierta facultad dispositiva sobre los fondos”¹⁸, es decir basta que tenga el cuidado de los recursos públicos o efectos, aun con el encargo preciso de no disponer de ello en forma alguna podrían encontrarse inmersos en esta clase de delitos.

Este autor cita un ejemplo al respecto, manifiesta que estando habilitado por medio de una ordenanza para pagar una cuenta a Cayo, en cambio le paga a Sempronio, no comete delito; pero no por la razón expuesta por dicho autor, (ordenanza) sino por otras distintas, por cuanto el empleado desobediente no tenía la administración de esos dineros, ya que ni siquiera se los entregaron para que los cuidara, sino que se le autorizó para entregarlos al acreedor del fisco, porque no les varió el destino que les señaló la ley, ordenanza, acuerdo, decreto o reglamento, etc. entonces dejar de satisfacer el capricho de un funcionario, ante dos acreedores con igual derecho prefiere a uno, no es atentar a la administración pública.

Es necesario precisar cuáles son los valores o recursos del Estado, por un lado tenemos los bienes de cualquier especie, como por ejemplo los dineros; por otro, los efectos son principalmente los documentos o valores mercantiles, en el sentido en que se usa este término de expresión legal.

1.5.3. Peculado por sustracción o expropiación.

El funcionario o empleado público que por cualquier forma haga uso indebido de los

¹⁸ Soler, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Pág. 50.



fondos, caudales, u otros objetos que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar o administrar, incurrirá en el delito de peculado, será sancionado de conformidad con la ley así como la pérdida de derechos y funciones públicas, por un determinado tiempo, siempre que tales sumas o efectos se reintegren antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente.

El sujeto activo de este delito como se ha mencionado anteriormente siempre va a ser el funcionario o empleado público que por razón de sus funciones está encargado de recaudar o administrar dinero o efectos públicos u otros objetos.

El verbo recaudar está empleado en el sentido de cobrar o percibir dinero o efectos, no siempre, será necesario que el servidor público tenga el encargo de administrarlos, como si sucede en otros casos simplemente tiene la función de recibirlos para entregarlos enseguida a otro, puede ser en este caso responsable del delito.

No parece discutible que frente a las legislaciones, como la italiana o la española, las cuales establecen como requisito indispensable de este delito, que el funcionario tenga la cosa en posesión o a su cargo, no sea él en esencia sino un abuso de confianza calificado.

Por ello, el verbo administrar, está indicando que no siempre es necesario que el culpable disponga de autonomía para la tenencia o administración de los bienes.



CAPÍTULO II

2. El desarrollo del delito de peculado en Guatemala

2.1. Evolución del peculado en Guatemala.

El peculado es un delito que tiene antecedentes históricos entre las leyes más antiguas de la humanidad que hablan del tema como el Código de Manú o Leyes de Manú, que dedica algunas de sus disposiciones al peculado o concusión, principalmente en el libro VII, relacionado a la conducta que deben observar los reyes dice:

“Muchos soberanos a consecuencia de su mala conducta, han perecido con sus bienes, mientras que ermitaños han obtenido reinos por su cordura y humildad, los empleados que llevan su perversidad hasta sacar dinero de los que tienen que tratar con ellos deben ser despojados por el rey de todos sus bienes y desterrados del reino”.¹⁹

De este enunciado se cree que hace más de tres mil años ya se castigaba el ilícito de peculado o como en ese tiempo le denominaban concusión, en la clase dominante, como en la de los dominados.

Sin embargo de ello en el esplendor del imperio romano se designó con el nombre de peculado al hurto de las cosas muebles pertenecientes al Estado. (**Peculatus**) viene de pecus: ganado, se le dio este nombre por cuanto antes de que se difundiera el uso del dinero, los animales destinados a los sacrificios constituían los bienes muebles más importantes entre los bienes públicos, por lo tanto, el hurto de esa clase de bienes era el delito más castigado dentro de la legislación romana). Así se pueden citar estos breves antecedentes históricos de este delito que en mucho va cambiando y adaptándose a la realidad de nuestros tiempos pero conservando su esencia.

También la historia habla de que Marco Tulio Cicerón tuvo acusaciones por delitos

¹⁹ Flores Uzcátegui Gustavo y Falconi José García. **Manual de prácticas procesal en los juicios por peculado**, Pág. 57.



múltiples cometidos en el ejercicio de sus funciones como gobernante en Sicilia y Roma, siendo éste acusado por otro que desempeñaba otro cargo de la misma índole, porque en ese tiempo ellos creían mucho en la palabra que ellos tenían, estos decían que lo hacían con el propósito de defender y amparar a todo aquel desgraciado y que aceptándolo y restituyendo todo lo que se hubieran robado, con eso se arreglaba todo, pero los sicilianos lo tomaban como ofensas hechas a los dioses inmortales, lo que tomaban por ejemplo, si se era adúltero ellos lo ponían como violador.

En el derecho consuetudinario indígena del siglo XVI, según estudio realizado por ASIES, nos dice: hasta recientemente, muchas de las sociedades pre-estatales eran ágrafas, por lo que carecían de leyes escritas. Sin embargo, tenían sus propios códigos normativos, no sólo para ordenar la vida social en general, sino para juzgar y castigar los compartimientos socialmente impropios en particular, es decir, tenían un sistema jurídico propio.

En ese sentido, el derecho consuetudinario la tipificación de que es delito, falta u ofensa no era uniforme y aun en la actualidad sigue siendo como antes, por lo que ellos no administran dineros o bienes pertenecientes al pueblo, solo existen autoridades como sacerdotes mayas, ancianos que se encargaban de resolver los problemas de disputas de la comunidad, quienes lo hacían a través de la lectura del calendario maya, por lo que en conclusión en el derecho consuetudinario no aplicada el delito de peculado.

En la época prehispánica, el delito de peculado era penado con la muerte, en la época colonial, habían más leyes que eran la novísima recopilación que castigaba con gran rigor a las personas, universidades o consejos que usurparan alguna renta o algún derecho del rey, y las Partidas se encargaban de la malversación de los caudales del rey, ciudades y su pena más grande era el capital que ellos tenían.

En la historia jurídica de Guatemala, se puede contar la promulgación de cinco códigos penales hasta la presente fecha, por lo que a continuación se describen: El primer Código Penal se emitió en el año de 1837, durante el gobierno del Doctor Mariano

rigor a las personas, universidades o consejos que usurparan alguna renta o algún derecho del rey, y las Partidas se encargaban de la malversación de los caudales del rey, ciudades y su pena más grande era el capital que ellos tenían.

En la historia jurídica de Guatemala, se puede contar la promulgación de cinco códigos penales hasta la presente fecha, por lo que a continuación se describen: El primer Código Penal se emitió en el año de 1837, durante el gobierno del Doctor Mariano Gálvez, al cual no fue posible tener acceso debido a su antigüedad.

En el año de 1877, se emitió el segundo Código Penal durante el gobierno del General Justo Rufino Barrios, el cual también castiga a los funcionarios públicos que tenían a su cargo caudales o efectos públicos, y los sustrajere o consintiere, por lo que en el Libro II, Título VI De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, X. Malversación de Caudales Públicos, específicamente en el Artículo 245 establece que:

El funcionario público, que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere que otros los sustraigan, será castigado:

Con la pena de arresto mayor en su grado máximo a reclusión correccional en su grado mínimo, si la sustracción no cedere de cien pesos;

Con la pena de reclusión correccional en sus grados medio a máximo, si excediere de cien y no llegare a quinientos pesos;

Con la pena de prisión ordinaria en sus grados mínimos a medio, si excediere de quinientos y no llegare a cinco mil pesos;

Con la pena de prisión ordinaria en sus grados medio al máximo si excediere de cinco mil pesos.

En todos los casos con la pena de inhabilitación especial en sus grados medio al



máximo, a inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos y ejercicio de los derechos políticos.

Por su parte el Artículo 246 establece: El funcionario público que por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos de que se trata en el Artículo anterior, incurrirá en la pena o multa equivalente al valor de los caudales sustraídos, y reintegrará los fondos si el reo no lo hiciere.

En el año de 1889 se emitió el tercer Código Penal durante el gobierno del General Manuel Lisandro Barillas, Decreto número 48 de la Asamblea Nacional Legislativa de la República de Guatemala, en el cual se puede establecer que en el Libro II De los delitos y sus penas, Título VI De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, X. Malversación de Caudales Públicos, específicamente en el Artículo 283 literalmente establece:

El empleado público, que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere que otros los sustraigan, será castigado:

Con nueve meses de arresto mayor, si la sustracción no excediere de cien pesos;

Con quince meses de prisión correccional, si excediere de cien y no llegare a quinientos pesos;

Con tres años de prisión correccional, si excediere de quinientos y no llegara a cinco mil pesos;

Con cinco años de prisión correccional, si excediere de cinco mil pesos.

En todos los casos, con la de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena.

Por su parte el Artículo 284 establece: El funcionario público que por abandono o



negligencia inexcusables, diere ocasión a que se ejecute por otra persona la sustracción de caudales u otros efectos públicos de que se trata en el Artículo anterior, incurrirá en la quinta parte de las penas allí señaladas por los respectivos casos.

En el año de 1936 se emitió el cuarto Código Penal durante el gobierno del General Jorge Ubico, Decreto número 2164 de la Asamblea Nacional Legislativa de la República de Guatemala, en el cual se puede establecer que en el Libro II De los delitos y sus penas, Título VI De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, X. Malversación de Caudales Públicos, específicamente en el Artículo 288 literalmente establece:

El funcionario o empleado público, que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere en que otros los sustraigan, será castigado:

Con nueve meses de arresto mayor, si la sustracción no excediere de cien quetzales;

Con quince meses de prisión correccional, si llega a cien y no a quinientos quetzales;

Con tres años de prisión correccional si llega a quinientos y no a cinco mil;

Con cinco años de prisión correccional si llega o pasa de cinco mil.

En todos los casos con inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena.”

Por su parte el Artículo 289 establece: “El funcionario o empleado público que por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se ejecute por otra persona la sustracción de caudales u otros efectos públicos de que se trata en el Artículo anterior, incurrirá en la quinta parte de las penas allí señaladas por los respectivos casos.

En los primeros cuatro códigos mencionados los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y de la malversación de caudales públicos, no



especifican ni definen al peculado, ni tampoco se diferencia de la malversación, los códigos anteriores carecían de conceptualización.

Por lo que en el año de 1974, se emitió el quinto Código Penal, actualmente en vigencia presenta una estructura institucional y delictiva mucho más técnicamente acabada, y que refleja las influencias de la corriente clásica del derecho penal, pero aún se deben mejorar, pero en el presente caso nos limitaremos a estudiar en este tema.

Refiriéndonos únicamente al delito de peculado se puede observar que dicho Código Penal, decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Libro segundo, parte especial, Título XIII De los delitos contra la administración pública, Capítulo IV Delos delitos de peculado y malversación, en el Artículo 445 establece: PECULADO. El funcionario o empleado público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga dinero o efectos públicos que tenga a su cargo, por razón de sus funciones, será sancionado con prisión de tres a diez años y multa de quinientos a cinco mil quetzales. Igual sanción se aplicará al funcionario o empleado público que utilizare, en provecho propio, trabajo o servicios pagados con fondos públicos.

Así mismo el Artículo 446 establece: PECULADO CULPOSO. El funcionario o empleado público que, por negligencia o falta de celo, diere ocasión a que se realizare, por otra persona, la sustracción de dinero o efectos públicos de que trata el Artículo precedente, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.

Como también el Artículo 447, MALVERSACIÓN. El funcionario o empleado público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.

La sanción señalada se aumentará al doble, si a consecuencia de la malversación resultare daño o entorpecimiento del servicio a que los caudales o efectos estuvieren consignados.

Es así como ahora se juzga el delito de peculado en nuestros días.



2.2. Concepto de servidor público.

Los servidores públicos por definición, son personas, que prestan servicios al Estado como miembros de las corporaciones públicas, como empleados trabajadores del mismo y de sus entidades descentralizadas, sean ellas territoriales o especializadas por servicios, como miembros de la fuerza pública, o en cualquier otra condición que ante la ley les dé tal carácter.

Todo servidor público está al servicio del Estado y de la comunidad y debe ejercer funciones en las formas previstas por la constitución, la ley o el reglamento, estando su responsabilidad y la manera de hacerla efectiva determinadas por la ley.

El tratadista Italiano Orlando, citado por Aurelio García define al empleado público como: "El que tiene la obligación de prestar su mano de obra al Estado, mediante una retribución con cargo al presupuesto, haciendo del servicio su profesión, dedicando a ella permanentemente su actividad física e intelectual para obtener los medios de subsistencia económica"²⁰.

Ciertamente, el empleado hoy servidor público, es el ciudadano que se encuentra vinculado a la Administración Pública de manera permanente, percibiendo una remuneración fija, al amparo de las leyes y reglamentos que rigen su vida jurídica-administrativa, con los derechos, las obligaciones a que se encuentran sujetos, tales como la carrera administrativa, las indemnizaciones por supresión de puestos, separación voluntaria, por jubilación, etc.

Las obligaciones de los servidores públicos, se encuentran aquellas que cita la Ley orgánica del servicio civil, con su reglamento.

El servidor público tiene en su puesto de trabajo un medio permanente de vida, que le permite atender la subsistencia y necesidades tanto personales como las de su familia, convirtiendo a su empleo en su profesión u oficio.

²⁰ Ciencia del estado. Pág. 22.

Cueva Carrión realiza un comentario en referencia al tema propuesto: En el inciso tercero del Artículo 2 de la anterior Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa lo definía así: Servidor público es todo ciudadano ecuatoriano legalmente nombrado para prestar servicios remunerados en las instituciones a las que se refiere el inciso primero de este Artículo.

Esta ley tiene un acierto en cuanto al servidor público: a) Un ciudadano ecuatoriano; b) Que ha sido nombrado legalmente; c) Que presta sus servicios bajo una remuneración; y, d) Que tales servicios los desempeña en las dependencias Estatales, las instituciones de derecho público y las de derecho privado con finalidad social o pública, puesto que a éstas se refiere el inciso primero del Artículo citado.

Así mismo este autor indica que para el Código Penal Ecuatoriano, el servidor público es un sujeto incorporado a la actividad pública.

La incorporación no es arbitraria sino jurídica: puede ser por disposición de la ley, por elección popular, por nombramiento de autoridad competente o por contrato.

A través de estas definiciones se puede comprender que el servidor público es aquel que tiene una relación laboral con el Estado, al cual presta sus servicios lícitos, adquiriendo derechos y obligaciones con el único objetivo de coadyuvar a su desarrollo.

A continuación algunos autores definen al servidor público de la siguiente manera:

“Es la persona que desempeña un cargo público y sus funciones las tiene reguladas en la Constitución de la República o la ley orgánica”.²¹

“Empleado público es la persona incorporada a la misma por una relación de servicios profesionales retribuidos y regulados por la ley.”²²

²¹Calderón Morales, Hugo H. **Derecho administrativo**. Pág. 280.

²²Ossorio Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas**. Pág. 365

Como referente en la legislación comparada en este tema encontramos otras definiciones, así la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas de España, en su Artículo 82, numerales 1 y 2 expresan que: son funcionarios públicos, quienes, previa oposición o concurso, presten en ellos, (Instituciones y Organismos del Sector Público) servicios permanentes, figuren en las correspondientes planillas y perciban sueldos o asignaciones fijas con cargo a los presupuestos respectivos.

Por otra parte, la Ley de Régimen Local vigente en España, en su Artículo 319 manifiesta que son funcionarios de la administración local, los que en virtud de nombramiento legal desempeñan en las entidades u Organismos que la constituyen servicios de carácter permanente, figuren en las correspondientes planillas y perciban sueldos o asignaciones fijas con cargo a los presupuestos respectivos”.²³

En las citadas definiciones aparecen dos características, una objetiva, otra de carácter netamente jurídico; en la primera se refiere al funcionario público que presta sus servicios profesionales los cuales son retribuidos económicamente. (La retribución es inherente a la profesionalidad); mientras la segunda es el vínculo que une al servidor público con el Estado, regulado por las leyes en el campo administrativo.

Rafael Bielsa cuando se refiere al funcionario público nos indica que: “Es el que, en virtud de designación especial y legal (sea por Decreto Ejecutivo, sea por elección) y de manera continua bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y a expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o actividad social.”²⁴

Así mismo la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto número 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala,

²³Boquera Oliver, José María. **Derecho administrativo**. Págs. 236.

²⁴ **Derecho administrativo**. Pág. 11.



específicamente en sus Artículos 3 y 4, especifica a quienes les llaman funcionarios y sobre los cuales recaerá el cargo: **Artículo 3.** Funcionarios públicos. Para los efectos de la aplicación de esta Ley, se consideran funcionarios públicos todas aquellas personas a las que se refiere el Artículo 4 de la misma, sin perjuicio de que se les identifique con otra denominación. Y el **Artículo 4.** Sujetos de responsabilidad. Son responsables de conformidad de las normas contenidas en esta Ley y serán sancionados por el incumplimiento o inobservancia de la misma, conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente en el país, todas aquellas personas investidas de funciones públicas permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, especialmente:

- a) Los dignatarios, autoridades, funcionarios y empleados públicos que por elección popular, nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo presten sus servicios en el Estado, sus organismos, los municipios, sus empresas, y entidades descentralizadas y autónomas.
- b) Los miembros de juntas directivas, directores, gerentes, administradores y demás personas relacionadas con la recaudación, custodia, administración, manejo e inversión de fondos y valores de las asociaciones, fundaciones y demás entidades o personas jurídicas que reciban aportes o subvenciones del Estado, de sus instituciones o del municipio, o que efectúen colectas públicas.
- c) Los directivos y demás personas de comités, asociaciones y patronatos autorizados conforme la ley para recaudación y manejo de fondos para fines públicos y beneficio social y/o que perciban aportes o donaciones del Estado, de sus instituciones, del municipio o entidades, nacionales o extranjeras, de cualquier naturaleza para los mismos fines; así como las demás personas que intervengan en la custodia y manejo de dichos valores.
- d) Los contratistas de obras públicas que inviertan o administren fondos del Estado, sus organismos, municipalidades y sus empresas, y de entidades autónomas y descentralizadas.
- e) Los miembros de las juntas directivas, el o los propietarios de las empresas que construyan, produzcan, monten, instalen, mejoren, adicionen, conserven, restauren, y



administren una obra, bien o servicio público. Asimismo, en esta disposición quedan comprendidos quienes presten sus servicios al Estado de Guatemala en el exterior del país en cualquier ramo.

También la Ley de Servicio Civil, Decreto número 17-48 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 4 establece que: Para los efectos de esta ley, se considera **servidor público** la persona individual que ocupe un puesto en la administración pública en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo legalmente establecido, mediante el cual queda obligada a prestarle sus servicios o a ejecutarle una obra personalmente a cambio de un salario, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata de la propia administración pública.

De todo lo expuesto es necesario distinguir los conceptos de funcionarios y empleados públicos, toda vez que las definiciones anteriores no establecen una clara diferencia de estos conceptos, por lo cual en nuestra legislación, específicamente en el Artículo 1 del Reglamento de la Ley de Servicio Civil, Acuerdo Gubernativo número 18-98, establece en el inciso a) **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 se le remunera con un salario; así mismo en el inciso define b) **Empleado Público**: Es la persona individual 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 obligada a prestar sus servicios o a ejecutar una obra personalmente a cambio de un salario, bajo la dirección continuada del representante de la dependencia, entidad o institución donde presta sus servicios y bajo la subordinación inmediata del funcionario o su representante. También en el último párrafo del Artículo en mención establece quienes no son funcionario o empleados públicos: No se considerarán funcionarios o empleados públicos, los que únicamente son retribuidos por el sistema de dietas, pues las mismas no constituyen salario, ni aquellos que son retribuidos con honorarios por



prestar servicios técnicos o profesionales conforme la Ley de Contrataciones del Estado.

2.3. Concepto de servicio público.

El origen de la doctrina sobre el **servicio público** hay que estudiarlo desde la jurisprudencia pretoriana que lentamente se fue elaborando por el Consejo de Estado francés a partir de la interpretación de la teoría de la división de los poderes, el cual se estableció en las leyes del 16 al 24 de agosto de 1790, en las cuales se prohibió a los tribunales judiciales conocer los litigios de la administración y perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos.

La existencia de un sistema jurisdiccional dual (judicial y administrativo), y la ausencia de códigos o leyes que terminaran en forma expresa la competencia de ambas jurisdicciones, determinaron que la jurisprudencia fuese elaborando diversos criterios tendientes a establecer el deslinde entre justicia administrativa y la judicial, los actos del Estado dictados para la prestación de un servicio público se denominaban actos administrativos; los contratos concertados con un fin de servicio público eran administrativos; las personas vinculadas de manera permanente a un servicio público eran funcionarios públicos; los bienes del Estado destinados a los servicios públicos eran de uso público, etc. Los conflictos a ellos vinculados eran resueltos por el juez administrativo sobre la base de la aplicación del derecho público, administrativo en la especie.

Y así fue como la noción del servicio público comenzó a expandirse rápidamente y se convirtió en el eje alrededor del cual giró toda la actividad del Estado.

Tradicionalmente el **servicio público** se definía como una “prestación mediante entrega de cosas y servicios, individualizados y concretos para satisfacer necesidades colectivas y primordiales de la comunidad, sea por la Administración, o sea por particulares, que requieran el establecimiento, en este segundo caso, de un régimen de



potestad pública, que comprende exigencia de un título conferido por el Estado, más otros requisitos accidentales de control por éste”²⁵.

Existen otros conceptos como el siguiente: Servicio público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según la ordenación del derecho público, bien sea que su prestación está a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas.

Rafael Bielsa establece: “La función pública es lo abstracto y lo general, y el servicio público, lo concreto y lo particular en el sentido de que se actualiza y materializa la función.”²⁶

Los servicios públicos son brindados por determinadas entidades (por lo general el Estado), y satisfacen primordialmente las necesidades de la comunidad o sociedad donde estos se llevan a cabo. Los servicios públicos pueden cumplir una función económica o social; o ambas, y pueden ser prestados de forma directa por las administraciones públicas o bien de forma indirecta a través de empresas públicas o privadas.

2.4. La función pública y su relación con la Constitución Política de la República de Guatemala.

Para el correcto desempeño de la administración pública, el Estado delega las labores y deberes en los servidores, funcionarios y empleados públicos para que administren al mismo. Esta idea trae a colegir que el Estado tiene por finalidad servir a los ciudadanos y garantizarles el goce de sus derechos y de sus libertades, conforme lo establece el Artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala, lo que para cumplir con este precepto, el Estado tiene que delegar una serie de funciones en

²⁵ J. Buitrago, Ignacio y Dramis, Fernando, **Elementos de derecho administrativo**. Pág. 56

²⁶ Bielsa, Rafael. **Op. Cit.** Pág.153.



servidores públicos (funcionarios y empleados públicos) para administrar el patrimonio Estatal.

Por lo que el Artículo 1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción recomienda que se debe entender por **función pública** como: toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

A raíz de la definición antes mencionada se dan las siguientes características de la función pública:

- a) Es irrelevante el tiempo de duración de la función pública. Esto significa que se deja de lado el criterio cronológico en la determinación de qué es función pública, por lo que el funcionario o empleado público puede tardar en el trabajo asignado por pocos días o por muchos días, hasta meses o años.
- b) El ejercicio de la función pública puede ser una actividad remunerada o ad honorem.
- c) La función pública es ejercida por una persona natural en nombre del Estado o de sus entidades. Es necesario aclarar que la función pública solo debe ser realizada por personas naturales y no por personas jurídicas o morales.
- d) La función pública puede ejercerse en cualquier nivel jerárquico. Esto significa que no solo los puestos más importantes pueden ser ocupados, también pueden ejercerse por personas ubicadas en un nivel jerárquico medio o inferior.

Por lo anterior se concluye que la función pública es ejercer deberes de administración para el Estado.

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece en su **Artículo 113. Derecho a optar a empleos o cargos públicos.** Los guatemaltecos tienen derecho a optar a empleos o cargos públicos y para su otorgamiento no se atenderá más que a razones fundadas en méritos de capacidad, idoneidad y honradez.

En relación con este Artículo se encuentra también en nuestra Constitución, lo establecido en el Artículo 136, literal d) en el que incluye optar a cargos públicos como uno de los deberes y derechos políticos aparejados a la condición de ciudadano.

Estas disposiciones constitucionales definen el sector público, los servidores y la función que estos realizan a favor del estado de una manera clara, consecuentemente encaminan el estudio del tema propuesto.

2.5. Semejanzas y diferencias entre peculado y malversación de fondos.

2.5.1. Peculado.

El Artículo 445 del Código Penal guatemalteco, define que el peculado, es: el delito cometido por el funcionario o empleado público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga dinero o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones; así también, el funcionario o empleado público que utiliza en provecho propio, trabajo o servicios pagados con fondos públicos.

Elementos:

- a) Que el sujeto activo tenga a su cargo, por razón de sus funciones, dinero o efectos públicos.
- b) Que dichos efectos o dinero, los sustraiga directamente, o bien consienta que otro los sustraiga. El termino sustracción, se refiere en este delito a apropiarse de los efectos. Este como el siguiente delito, se refiere a los actos que viola la fidelidad que los funcionarios deben observar en el manejo de los caudales que tienen a su cargo; y,
- c) Elemento interno. Es un delito doloso; requiere un dolo específico consistente en la conciencia y voluntad del sujeto activo de obtener lucro económico propio o de un tercero.

2.5.2. Malversación de fondos:

Este delito es definido por el Artículo 447 del Código Penal, Decreto número 17-73 del



Congreso de la República de Guatemala, el cual establece que: comete este delito el funcionario o empleado público que da a los caudales o efectos que administra, una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados.

Elementos:

- a) Que el sujeto activo, administre caudales o efectos públicos.
- b) Que dé a los mismos, una aplicación diferente de aquella a que estén destinados. Por lo que se entiende en este caso que no se apropia de los caudales, sino que le da un destino diferente, porque si se apropia de dichos caudales, estaría cometiendo el delito de peculado.
- c) Elemento interno es la conciencia de que los caudales están destinados a ciertos efectos, y la voluntad de destinarlos para objeto diferente.

2.5.3. Semejanzas:

- a) Las dos conductas tipifican la disposición exclusiva de fondos públicos.
- b) En las dos formas delictuales el sujeto pasivo de la infracción es la administración pública.
- c) Estas clases de infracciones siempre el sujeto activo son los funcionarios o empleados públicos.
- d) En las dos figuras se disipan fondos públicos y bienes muebles o especies.

2.5.4. Diferencias.

- a) Peculado es la sustracción o consentimiento voluntario que otro sustraiga, con provecho propio o ajeno, de dinero o efectos públicos, perteneciente a la administración pública. En cambio la malversación significa invertir mal, esto es aplicar indebidamente dineros o valores públicos haciéndolos servir para otros objetos que los de su destino. Es delito propio de funcionarios o empleados públicos.
- b) Existen elementos constitutivos que distinguen este delito: puesto que el peculado es



propio; la conducta criminosa; tiene el dolo específico, en la hipótesis de la sustracción. La malversación se comete por imprudencia o negligencia.

c) El peculado: es cuando el funcionario o empleado público encargado de administrar por razón de su cargo o de su servicio dinero o de efectos públicos, perteneciente a la administración pública, los sustraiga en provecho propio o consienta que otro se sustraiga.

La malversación es el crimen que comete el funcionario o empleado público que arbitrariamente diere a los caudales públicos una aplicación diferente de aquella a la que estuvieren destinados siempre que sea arbitraria, es decir, sin causa que la justifique.

2.6. Responsabilidades de los funcionarios públicos.

La administración pública es un instrumento esencial en la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas, pues debe responder a los fines del Estado. Su organización es atender a los administrados; es por ello que quienes la componen deben cumplir con la finalidad pública. En la actualidad, el concepto de responsabilidad pública ha adquirido una mayor visión, con el reconocimiento expreso de exigencias éticas y de transparencia en los actos de gobierno, por lo que resulta comprender que el servidor público (funcionario o empleado público), su actuación debe ser cumplida para el bien de la comunidad, es por eso que la noción de Funcionario Público no puede rescindir de la responsabilidad y de las consecuencias por las irregularidades que cometa.

Por lo que se deduce que la responsabilidad es control y garantía: es garantía de los ciudadanos, pero también es un principio de orden y un instrumento de control del poder, por lo que su noción está ligada a todos los ámbitos en los que el funcionario o empleado público puede manifestar o expresar su comportamiento o conducta.

Indica el autor desde el punto de vista del interés público, la responsabilidad, indicando que: "significa observar y cumplir exactamente con la letra de la Constitución, las leyes



y los reglamentos y obrar con rectitud, honestidad y suma diligencia dentro de las funciones encomendadas para garantizar un buen servicio a la colectividad.”²⁷

Por lo anterior se trae a colegir que la Constitución Política de la República de Guatemala, norma la responsabilidad de los funcionarios o trabajadores del Estado, por lo tanto en el Artículo 154, menciona: Función pública; sujeción a la ley. Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Como también indica que Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno... y que La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley, y no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de fidelidad a la constitución. Dicha disposición constitucional implica que la conducta del funcionario con el ejercicio del cargo debe sujetarse a la ley, como tal y debe responder de las consecuencias de sus actos. En ese orden de ideas, se puede afirmar que la constitución no prevé la posibilidad de eximir de responsabilidad a ningún funcionario en el ejercicio del cargo, por lo que cualquier disposición contraria en ese sentido, estaría violando un precepto constitucional. Por su parte el Artículo 155, establece: **Responsabilidad por infracción a la ley.** Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren. La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos, podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término será de veinte años. La responsabilidad criminal se extingue, en este caso, por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena.

En términos generales, la responsabilidad es la capacidad de toda persona de conocer y aceptar las consecuencias de un acto suyo, inteligente y libre, así como la relación de causalidad que une al autor con el acto que realice. La responsabilidad se exige solo a partir de la libertad y de la conciencia de una obligación. Para que exista la

²⁷ Díez, Manuel María. **Derecho administrativo.** Pág. 120.



responsabilidad, el autor del acto u omisión que haya generado una consecuencia que afecte a terceros, debe haber actuado libremente y en plena conciencia.

Etimológica y jurídicamente hay responsabilidad cuando hay incumplimiento de obligaciones, las cuales se tornan en deberes cuando se trata de empleados públicos como ha dicho la doctrina, los deberes son obligaciones cuando forman parte de una relación jurídica. Tanto las obligaciones como los deberes son conductas activas y pasivas, de acción y de omisión, de hacer y no hacer o prohibiciones, generales para todos los empleos y especiales para determinados cargos. Por lo tanto los funcionarios que *no cumplen debidamente sus obligaciones, transgreden sus prohibiciones o ejercen abusivamente sus derechos*, incurrir en responsabilidad.

Con la finalidad de tener una visión clara de este tema, es necesario analizar las tres principales responsabilidades de los servidores públicos dentro del servicio público, las que se encuentran clasificadas de la siguiente manera: Responsabilidades Administrativa, Civil y Penal.

Así mismo la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, establece en el Artículo 7. **Funcionarios públicos.** Los funcionarios públicos conforme los denomina el Artículo 4 de esta ley, están obligados a desempeñar sus deberes, atribuciones, facultades y funciones con estricto apego a la Constitución Política de la República de Guatemala y, las leyes. En consecuencia, están sujetos a responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal por las infracciones, omisiones, acciones, decisiones y resoluciones en que incurrieren en el ejercicio de su cargo.

2.6.1. Responsabilidad administrativa.

Este tipo de responsabilidad también se le denomina disciplinaria y se da cuando el funcionario o empleado público incurra en falta, por acción u omisión, de acuerdo a sus funciones, por lo que se le puede imponer sanción de conformidad con lo que regulan



las normas jurídicas específicas, lo cual traduce el poder disciplinario de la administración y se presenta ante una falta de servicio cometido por el servidor público en trasgresión a las reglas de la función pública.

El Dr. Hernán Jaramillo Ordóñez, analiza a la responsabilidad administrativa indicando que: “se le impondrá una sanción al servidor, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda originar de su actuación”.²⁸

La responsabilidad administrativa, es sancionada por la inobservancia que comenten los servidores públicos de las leyes, reglamentos; estatutos, ordenanzas, acuerdos, resoluciones, etc., que rigen la vida jurídica de la Institución donde se encuentran prestando sus servicios, básicamente por el incumplimiento de los deberes y atribuciones que comete el servidor público en razón de sus funciones.

La potestad sancionatoria de la administración encuentra su fundamento en la preservación y autoprotección de la organización administrativa, en el correcto funcionamiento de los servicios administrativos, siendo específica de la relación que vincula a los servidores públicos con la administración pública.

Las similitudes y diferencias entre el derecho disciplinario y el derecho penal han llevado a que la doctrina se enrolara en dos posiciones: una considera que el derecho disciplinario forma parte del derecho administrativo, la otra que es un aspecto del derecho penal.

En el análisis de los principios penales y su incidencia en el régimen disciplinario, se ha considerado que la aplicación del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la tipicidad, *legale iudicium*, y *non bis in idem*, es relativa en el ámbito de este último.

Respecto al primero, se puntualiza que el poder disciplinario se puede ejercer en ausencia de una norma legal formal que tipifique la falta o contemple la sanción, con

²⁸ Manual de derecho administrativo. Pág. 33.



dos salvedades: si las sanciones se encuentran taxativamente previstas en una norma jurídica, sólo pueden imponerse ellas; a lo que se suma que en la aplicación de sanciones como multa o arresto, resulta necesario la determinación de éstas por vía legislativa. A este último supuesto se agregan las sanciones que impliquen la extinción del vínculo entre la administración y el funcionario público, por comprometerse la garantía de estabilidad.

La tipicidad de infracción a las normas específicas de este evidencia una multiplicidad de variantes, in-susceptibles de ser encerradas en la descripción típica propia de las figuras penales.

En el ilícito penal la conducta tipo censurada está definida en forma clara, distinto al ilícito administrativo, en el cual se censura el incumplimiento a un sinnúmero de normas administrativas. Ello no permiten una única tipificación de ahí que se conforman tipos abiertos: de conducta prohibida es contemplada con amplitud, en forma genérica, y a tono ejemplificativo, que posibilita abarcar mayores supuestos.

En general, las conductas posibles de sanciones administrativas están contenidas en los estatutos o regímenes que regulan los derechos, deberes y prohibiciones de los servidores públicos.

En cuando al principio *non bis in idem*, se entiende que la circunstancia de que un funcionario o empleado público resulte sancionado disciplinaria y penalmente por una misma infracción no implica trasgresión a garantía constitucional alguna dado que la finalidad de una y otra son distintas.

2.6.2. Responsabilidad civil.

Proviene de una mala conducta por parte del servidor público que obtiene un lucro indebido en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, un daño o perjuicio a los intereses económicos del Estado, en este caso, está obligado a responder por el acto u



omisión que cometió con los bienes de su propiedad, o de terceros, suficientes para cubrir los beneficios adquiridos por estos conceptos.

El origen de la responsabilidad civil del servidor público, está en el enriquecimiento ilícito (lucro indebido), los daños y perjuicios ocasionados al Estado; daños y perjuicios a terceros, esta última modalidad da lugar, a su vez, a la responsabilidad civil solidaria o subsidiaria del Estado.

Son sujetos de responsabilidad civil, todos aquellos servidores públicos, particularmente quienes manejan recursos o fondos públicos, ya sea que desempeñen un cargo con nombramiento, a contrato o en comisión de servicios en la administración pública.

La responsabilidad civil del servidor público no se constriñe con sus actos como particular, sino a aquellos actos que realizan en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, o con motivo de ellos, lo realiza dolosa o culposamente causando algún daño a los bienes del Estado o a los particulares, con la obligación que éste tiene de repararlos o indemnizarlos ya sea mediante una sanción económica o pecuniaria de conformidad con las leyes aplicables para cada caso.

La responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado, calculado a la fecha en que éste se produjo, que nace sin convención, proveniente de un acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil.

Cabe señalar que en la instancia administrativa o judicial, debe probarse por quien afirma la culpa en la emisión o perfeccionamiento del acto o hecho administrativo, que los mismos fueron producto de acciones que denoten impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, in preparación o negligencia.

Por lo que de conformidad con el Artículo 155 de la Constitución Política de la



República de Guatemala, establece que: La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos, podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término será de veinte años.

Se concluye que esta clase de responsabilidad surge cuando los funcionarios o empleados públicos en ejercicio de sus cargos, causan daños y perjuicios a los administrados.

2.6.3. Responsabilidad penal.

Están consideradas como las transgresiones de la ley por parte de los dignatarios, funcionarios, autoridades y empleados que dan origen a las responsabilidades penal, esta afectará la disciplina del servicio público, el orden público y el ambiente social.

Incurren en responsabilidad penal los funcionarios o empleados públicos que en ejercicio de su cargo realizan actos u omisiones que constituyen delitos previstos y penados por las leyes penales.

Se presenta una infracción penal en el ejercicio de su cargo, ya sea por acción o por omisión; la intervención del dolo o culpa; y, la previsión del delito, de la pena por las leyes correspondientes.

El derecho penal se encarga de la potestad pública de sancionar y aplicar medidas de seguridad a los autores de las infracciones punibles.

Esa potestad supone, la de regular las condiciones de la sanción o de la aplicación de las medidas aseguradoras como complemento o en sustitución de la pena, esta regulación corresponde al derecho penal sustantivo o derecho penal propiamente dicho. La responsabilidad penal es la que se imputa al culpable de un acto contrario a la ley, realizado con culpa o dolo, entraña la aplicación de sanciones públicas, penas o medidas de seguridad.



El Código Penal prevé, califica y castiga los hechos delictuosos imputables a los servidores públicos, sea por su participación activa en los mismos o por la mera pasividad ante el deber de intervenir, cuyas sanciones afectan a los derechos personales, en primer término el de la libertad.

Con las consideraciones expuestas, podemos compenetrar en el análisis de la responsabilidad penal de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, conforme lo explica el Dr. Nelson López Jácome, citado por el Dr. Jaramillo, quien manifiesta: “cuando la acción u omisión del servidor público configura la tipificación de un delito, son, sin duda, las más graves, por cuanto lesionan el bien social, tipifican una conducta antisocial y repercuten en el orden público, solo los jueces están en la capacidad constitucional y legal de establecer definitivamente la responsabilidad penal en contra de éstos ciudadanos que han cometido esta clase de ilícitos.”²⁹

Los siguientes delitos se encuentran tipificados en la administración pública: El peculado, la malversación, el cohecho, incumplimiento de pago, la concusión, fraude, exacciones ilegales y cobro indebido.

De acuerdo a lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 155 tercer párrafo los funcionarios públicos son responsables penalmente al cometer actos tipificados como delitos en la ley. En observancia de las normas jurídicas algunos de los funcionarios que cometan algún delito, por el alto rango al que pertenecen, se les debe de agotar el juicio previo en que se estimara por un órgano colegiado si ha lugar o no de formación de causa.

²⁹ Op. Cit. Pág. 38.



CAPÍTULO III

3. Conflictos del peculado en Guatemala

3.1. Análisis del delito de peculado.

El paradigma del garantismo o el control social, del derecho penal mínimo o el derecho penal máximo, es el tratamiento que se debe dar a este tipo de delito como lo es el peculado. Desde la perspectiva del control social, para Carlos Creus, refiriéndose a los delitos contra la administración pública, que es donde se encuentra el delito de peculado en nuestra legislación, manifiesta que estos delitos “protegen a la Administración Pública, preservando la regularidad de su funcionamiento y la legalidad de los actos administrativos, que pueden verse comprometidas por el acto arbitrario en el que el funcionario actúe más allá de su competencia, por la omisión de su actividad necesaria y aun por la injerencia ilegal de particulares en la esfera de competencia de la Administración”.³⁰

La criminalización de conductas debe ser dada en función de la correcta individualización de los intereses que se entienden tutelados, y no en abstracto, es decir debería estar siempre más valorada la diferencia entre bien jurídico como categoría y bien jurídico específicamente tutelado por cada norma, enfocado sobre un aspecto particularista y más concreto de tutela; un esfuerzo que, en definitiva, vaya de lo universal a lo particular. Es decir que se debe establecer un bien jurídico concreto que sea tutelado por el delito de peculado.

El tratamiento al delito de peculado varía en las diferentes legislaciones, por ello resulta contraproducente cuando en las sentencias emitidas por los órganos de administración de justicia del Ecuador, se citan connotados juristas o se transcriben conceptos referentes al peculado, sin considerar que si bien el término es el mismo, los elementos objetivos del tipo penal en cada país tiene diferentes connotaciones. Así en la

³⁰ Derecho penal parte especial. Pág. 248.



legislación colombiana o de Costa Rica, el peculado se refiere al abuso de bienes que hayan sido confiados a la custodia del funcionario o empleado público, es decir se individualiza la protección del bien jurídico; se sanciona al funcionario público que se haya apropiado de un bien del Estado.

Tratándose el peculado de un delito pluri-ofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección, jurídico penal:

- a) Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, y;
- b) Evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o empleado público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

La norma que tipifica este delito tiene como objeto la protección de la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado y controlar los excesos de poder que los funcionarios o empleados públicos puedan cometer en el ejercicio de sus funciones al administrar dineros o efectos públicos.

El Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, adopta la sistemática del Código Penal Tipo según se indica en la exposición de motivos; el Código Penal Tipo a su vez, recoge en su totalidad la doctrina del Código Penal italiano de 1930 que proviene del proyecto Rocco. Consecuente con tal doctrina, nuestra ley se divide en dos capítulos principales, las incriminaciones de este título: por una parte de los delitos contra la administración pública cometidos por particulares (como el atentado, resistencia y desacato) y por la otra los delitos cometidos por funcionarios o por empleados públicos (los delitos clásicos de funcionarios como peculado, cohecho, abuso de autoridad y otros).

El título Delitos contra la administración pública aparece en diversos códigos penales de América Latina, como por ejemplo:

Código Penal de Brasil: les denomina crímenes contra la Administración Pública, y su



división es igual a la que hemos comentado.

Código Penal de Argentina: les denomina Delitos contra la Administración Pública; dentro de ellos agrupa tres grandes apartados de delitos:

- a) Los ataques a la autoridad pública (atentado, resistencia, etc.).
- b) Los delitos de los funcionarios públicos (abusos de autoridad, cohecho, etc.).
- c) Los ataques a la jurisdicción (prevaricato, denegación de justicia, etc.).

Código Penal de México no hace una referencia específica a delitos contra la administración pública, pero se refiere en dos títulos diferentes: delitos contra la autoridad y delitos cometidos por funcionarios públicos.

Torio López citado por Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela, indica que la corriente europea respecto de estos delitos se manifiesta así:

En el derecho penal alemán “Los delitos de los funcionarios del Código Penal alemán de 1871 se mencionan en el proyecto oficial de 1960/62 como delitos contra la función pública”³¹. Así mismo un aspecto relevante del derecho penal alemán, es lo siguiente: “La malversación de caudales públicos, deja de ser tipo independiente dentro de los delitos de los funcionarios y pasa a ser una apropiación indebida, para la cual no se prevé una agravación típica de la pena si el sujeto es un funcionario”.³²

En nuestros días nos hemos enterado a través de los medios de comunicación de muchos escándalos ocurridos por funcionarios públicos que se han apropiado del dinero del Estado, el cual se les ha dado para que lo administren, este delito se encuentra establecido en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra establecido, específicamente en el Artículo 445 del Código Penal, dispone lo siguiente: El funcionario o empleado público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga dinero o

³¹ Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial. Pág. 668.

³² *Ibid.*



división es igual a la que hemos comentado.

Código Penal de Argentina: les denomina Delitos contra la Administración Pública; dentro de ellos agrupa tres grandes apartados de delitos:

- a) Los ataques a la autoridad pública (atentado, resistencia, etc.).
- b) Los delitos de los funcionarios públicos (abusos de autoridad, cohecho, etc.).
- c) Los ataques a la jurisdicción (prevaricato, denegación de justicia, etc.).

Código Penal de México no hace una referencia específica a delitos contra la administración pública, pero se refiere en dos títulos diferentes: delitos contra la autoridad y delitos cometidos por funcionarios públicos.

Torio López citado por Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela, indica que la corriente europea respecto de estos delitos se manifiesta así:

En el derecho penal alemán “Los delitos de los funcionarios del Código Penal alemán de 1871 se mencionan en el proyecto oficial de 1960/62 como delitos contra la función pública”³¹. Así mismo un aspecto relevante del derecho penal alemán, es lo siguiente: “La malversación de caudales públicos, deja de ser tipo independiente dentro de los delitos de los funcionarios y pasa a ser una apropiación indebida, para la cual no se prevé una agravación típica de la pena si el sujeto es un funcionario”.³²

En nuestros días nos hemos enterado a través de los medios de comunicación de muchos escándalos ocurridos por funcionarios públicos que se han apropiado del dinero del Estado, el cual se les ha dado para que lo administren, este delito se encuentra establecido en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra establecido, específicamente en el Artículo 445 del Código Penal, dispone lo siguiente: El funcionario o empleado público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga dinero o

³¹ Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial. Pág. 668.

³² Ibid.



efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, **será sancionado con prisión de tres a diez años y multa de quinientos a cinco mil quetzales.**

Igual sanción se aplicará al funcionario o empleado público que utilizare, en provecho propio, trabajo o servicios pagados con fondos públicos.

Así mismo en la actualidad según el Decreto 2-96 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 6, establece que: Todas la penas de multa establecidas en el código penal, se incrementan, en su mínimo y en su máximo, cinco veces su valor. Esto quiere decir que en cuanto la multa para el delito de peculado será de en su mínimo de **dos mil quinientos quetzales y en su máximo de veinticinco mil quetzales.**

El peculado es una figura penal que sanciona la violación de la correcta marcha de la administración pública en su aspecto patrimonial por parte de un funcionario público. El legislador a través de la ley penal busca precautelar la funcionalidad de la administración pública vinculada a sus funcionarios, lo que implica que de por medio estén implícitos los objetivos y fines del Estado.

Para que se cometa este delito, el sujeto activo debe ser un funcionario improbo (no horado), característica que no se puede predicar de alguna manera.

Debe recordarse que en nuestro país, de manera muy frecuente, se han incorporado nuevos tipos legales al sistema penal debido a necesidades coyunturales por hechos que han causado alarma social. Estas reacciones o respuestas legislativas que se han dado a aquellos hechos, han sido muchas veces desafortunadas, ya que las mismas no han guardado una adecuada técnica jurídica.

Por otro lado, si la seguridad jurídica deviene en una correcta legislación, interpretación y aplicación de las normas sustantivas y adjetivas, es una necesidad que las mismas deban guardar coherencia y armonía con sus propios postulados; por ello, todo tipo legal debe establecer una vinculación lógica y fáctica con el hecho que pretende



sancionar. La hipótesis de hecho debe guardar correspondencia con la realidad social.

Si constatamos que la actividad pública y la actividad financiera privada tienen distintos campos de acción y les rigen principios y objetivos distintos, es natural concluir que un tipo penal que indiscriminadamente sanciona el abuso de fondos en ambas actividades pueda generar una suerte de ambivalencias o injusticias.

3.2. Objeto material de la acción.

En el delito de peculado el objeto material de la acción es, dinero o efectos públicos, cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada al funcionario o empleado público por razón de su cargo. Por lo que la existencia de un objeto material de la acción es requisito esencial de la tipicidad de este delito.

Como se ha analizado anteriormente, el término peculado se usa de manera general para expresar la idea de apropiación de fondos pertenecientes a la administración pública, realizada por el encargado de administrarlos, este se ha desarrollado en las diferentes legislaciones, diversificado sus formas o maneras de tipificación.

El objeto material u objeto de la acción de las formas de peculado, están constituidos por el término dinero o efectos públicos.

En estos términos se entiende que se debe a una correcta administración de los bienes del Estado, por lo que se precisa que debe entenderse por tales, los pertenecientes a todas las entidades que hacen la administración pública, siendo parte del patrimonio público, cualquiera que sea su sector, así como las empresas o instituciones que el Estado tenga parte.

3.3. Concepto de dinero y bienes públicos.

3.3.1. Concepto de dinero.

El **dinero** es un **medio de intercambio**, por lo general en forma de billetes y monedas,

hacia referencias a las propiedades de la antigua Roma o sus ciudadanos en conjunto, tales como las fuentes de agua de la ciudad, las calles, etc. La influencia de esta acepción se ha extendido con algunas modificaciones hasta el presente, por ejemplo, Andrés Bello escribe en el Código Civil comentado de Chile (en relación a los bienes nacionales): Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de las calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. En esta definición Bello utiliza dos criterios: la propiedad es estatal, el usufructo es general a los habitantes.

En el presente, esta concepción perdura principalmente en la tradición legal, la de la ciencia política y la de la economía política. Así, en esas áreas en general se entiende por dominio público el conjunto de bienes y derechos de titularidad pública, destinados al uso público.

Esto se expresa en términos técnicos diciendo que el bien en cuestión es un bien económico cuya naturaleza conlleva que es no rival y no excluyente. Un bien es no rival cuando su uso por una persona en particular no perjudica o impide el uso simultáneo por otros individuos, por ejemplo: una señal de Radio (medio de comunicación); y es no excluyente cuando no se puede impedir su usufructo por usuarios potenciales o reales.

Muchos economistas clasificarían los bienes públicos como siendo un caso especial o sub-categoría de los bienes comunes. Sin embargo, conviene notar que la definición estrictamente no hace referencia al sistema de propiedad: un bien será de uso público y respectivamente de quien lo posea, siempre y cuando su uso *“esté disponible a todos y del cual el uso por una persona no subtrae del uso por otros”*. Por ejemplo: aun cuando no el mejor, la señal de radio mencionada está disponible a quien sea que tenga acceso a un receptor, pero la propiedad de la empresa emisora no es necesariamente ni comunal ni estatal.

La rivalidad en el consumo de un producto implica que el consumo por parte de un individuo impide el uso por otros. Por ejemplo, el uso de un martillo por alguien impide

que sea usado al mismo tiempo por algún otro, a pesar que ese otro lo podría usar en el futuro. Algunos bienes rivales son, adicionalmente, consumibles: Así, si un individuo se come un pastel, no queda pastel para ningún otro, ya que ya se lo comió. En ambos sentidos, el uso de un bien rival reduce la disponibilidad para otros.

Se dice que no existe rivalidad en el consumo de un producto o servicio, cuando el consumo que un individuo realiza de ese bien no impide ni reduce la cantidad disponible para el consumo de otras personas. Por tanto, de manera simultánea o no, varios individuos pueden consumir las mismas unidades del bien sin que se resienta el consumo de los otros. La defensa nacional constituye el ejemplo más claro de ausencia de rivalidad en el consumo de un producto. La defensa nacional entendida como garantía y protección frente a un hipotético enemigo exterior, es un bien que ofrece el Estado a la ciudadanía y alcanza por igual a todos los ciudadanos del territorio y el que un individuo de un país esté protegido por la defensa nacional, no implica menores garantías para otro ciudadano. La no rivalidad en el consumo de la defensa nacional no implica que todas las personas valoren internamente por igual el servicio, de hecho es muy probable que las demandas de defensa nacional sean muy variadas entre los habitantes de un territorio. Lo que la no rivalidad significa es que la existencia de un ejército equipado significa una garantía igual para todos ciudadanos del país.

3.3.2.1. Principio de exclusión.

El principio de exclusión tiene que ver con la imposibilidad de excluir del consumo de un producto a determinadas personas. Las razones de la imposibilidad pueden ser físicas o económicas. La baja capacidad de exclusión implica que o es imposible o muy difícil prohibir el consumo de un bien a otros individuos.

Ejemplo:

Un ejemplo típico de bien público es la defensa nacional, ya que todos los ciudadanos están protegidos y el hecho que un individuo de un país esté protegido no reduce la



protección para otro ciudadano. Se diferencian de los bienes libres, como el aire limpio, en que estos últimos no son bienes económicos.

Otros ejemplos son la luz de un faro que indica la distancia a la orilla del mar, plazas públicas, monumentos públicos, etc.

3.3.2.2. Bienes mixtos.

Obviamente, estas definiciones teóricas a veces son difíciles de aplicar al mundo real, puesto que estrictamente no hay ningún bien que no pueda ser derivado a algún nivel de producción o consumo mercantil. Por ejemplo, una calle, puente, etc., pueden ser tanto construidos como administrados de manera privada (por ejemplo, con pagos de peaje).

Sin embargo, los economistas no solo piensan que algunos bienes del mundo real se aproximan mucho a estas definiciones, lo suficiente para que estas tengan sentido pero observan que de hecho algunos bienes y servicios son tanto producidos como administrados y usufructuados en la manera descrita.

3.3.2.3. El problema del polizón.

La consecuencia más importante de que en los bienes públicos concurren las dos características citadas de la no rivalidad de su consumo y la imposibilidad de aplicar el principio de exclusión es que la producción o suministro de estos bienes se enfrentan con el denominado problema del polizón o de los consumidores libres de carga (free riders en inglés). Al no ser factible la exclusión, la producción de los bienes públicos se encuentra con el problema de que una vez que acontece ésta beneficia por igual tanto a aquellos consumidores que cooperen en su financiación como a aquellos consumidores que no lo hagan. Los polizones son, en definitiva, aquellos miembros de un colectivo que amparados en las características de los bienes públicos, se benefician de la producción de los mismos sin contribuir a su financiación.



Por lo expuesto anteriormente, es necesario mencionar que la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 121, establece que son bienes del Estado:

- a) Los de dominio público;
- b) Las aguas de la zona marítima que ciñe las costas de su territorio, los lagos, ríos navegables y sus riberas, los ríos, vertientes y arroyos que sirven de límite internacional de la República, las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento hidroeléctrico, las aguas subterráneas y otras que sean susceptibles de regulación por la ley y las aguas no aprovechadas por particulares en la extensión y término que fije la ley;
- c) Los que constituyen el patrimonio del Estado, incluyendo los del municipio y de las entidades descentralizadas o autónomas;
- d) La zona marítima terrestre, la plataforma continental y el espacio aéreo, en la extensión y forma que determinen las leyes o los tratados internacionales ratificados por Guatemala;
- e) El subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y los minerales, así como cualesquiera otras sustancias orgánicas o inorgánicas del subsuelo;
- f) Los monumentos y las reliquias arqueológicas;
- g) Los ingresos fiscales y municipales, así como los de carácter privado que las leyes asignen a las entidades descentralizadas y autónomas; y
- h) Las frecuencias radioeléctricas.

3.4. La acción de sustraer o consentir.

Según la real academia se debe entender por sustraer como la acción de separar, apartar, extraer, quitar, hurtar y robar; así como también el verbo consentir significa dejar, permitir, autorizar una cosa.

Por lo que de conformidad con el Artículo 445 del Código Penal, la acción punible en el peculado consiste en sustraer o consentir dinero o efectos públicos que tengan a su cargo por razón de sus funciones.

Para entender el significado del término sustraer, es necesario remontarse a lo que fue



la regulación del delito de abuso de confianza (apropiación indebida) en el Código Penal francés de 1804, el cual en el Artículo 406 definía el abuso de confianza utilizando el verbo *détourner*. Para la interpretación de la jurisprudencia y de la doctrina francesas, *détourner* significa apropiarse una cosa *in corpore*.

Cuando el legislador emplea el término sustraer, se refiere a la conducta del funcionario, consistente en extraer un bien o dinero, de la esfera de custodia en que lo tiene por razón de su cargo, con finalidad de apropiarse de él.

Según Rodríguez Devesa, citado por Francisco Castillo González "... el término sustracción debe interpretarse en estos casos como equivalente a apropiación sencillamente, ya que el funcionario tiene la previa posesión o disponibilidad sobre los caudales".³³

La finalidad de apropiación significa que el agente se comporte con la *utidominus*; es decir, que se comporte como propietario. Por ello dice Manzini, citado por Francisco Castillo González, que: "La apropiación de una cosa (independientemente del dolo de que vaya o no acompañada) resulta, no sólo de un hecho o de una serie de hechos materiales de dominio, sino también de una manifestación, explícita o implícita, de la voluntad de tener la cosa como propia".³⁴

También en el mismo sentido dice Creus, citado por Francisco Castillo González en su libro el delito de peculado, que "... el bien tiene que ser consumido, destruido, transformado o hecho desaparecer, de tal modo que implica que quebrar la tutela pública en que se hallaba".³⁵

Un acto de apropiación de bienes o dinero ocurre cuando el agente saca los bienes de la esfera de custodia, con la finalidad de apropiarse de ellos, y se apropia efectivamente

³³ Ob. Cit. Pág. 62.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.



de ellos, fundando una nueva esfera de custodia o permitiendo que un tercero lo haga.

Por lo que el término sustraer denota el acto en virtud del cual el funcionario o empleado público detrae de la esfera de disposición del Estado el bien. El tipo penal del delito de peculado no contempla como verbo rector el apropiarse por parte del funcionario o empleado público, lo que deja bien claro que no se requiere para la consumación del delito el aprovechamiento del bien o dinero por parte del funcionario o empleado público. Esta interpretación es coherente con lo expresado con anterioridad, en el sentido de que el delito de peculado sanciona la vulneración de los deberes de administración, toda vez que la infracción de tales deberes se aprecia en toda su dimensión cuando el funcionario o empleado público detrae de la esfera de disponibilidad del Estado el dinero o los efectos públicos, sin que sea necesario que el sujeto llegue a apropiarse de ellos, toda vez que puede ser posible que quien se apropie del bien sea un tercero, en cuyo caso el funcionario o empleado público responderá como autor de peculado, por haber consentido que otro sustraiga el bien.

En el caso del consentimiento se debe entender este como la acción que permite o incluso autoriza que otro sustraiga los bienes o dinero que está bajo su custodia o administración.

Cabe recordar lo dicho con relación a lo que significa sustraer. Porque en esta segunda modalidad se admite que el comportamiento que realiza un particular pueda generar que éste llegue efectivamente a apropiarse del dinero o efectos públicos, lo que implica no solo que detraiga el dinero o efecto público de la esfera de disponibilidad del Estado, sino que además lo incorpora a su esfera de disponibilidad. Sin embargo el Artículo 455 del Código Penal se refiere simplemente a la sustracción del dinero o efecto público, en la práctica no será indispensable comprobar que el *extraneus* ha logrado efectivamente incorporar a su esfera la disponibilidad del bien, sino tan solo, que lo ha sustraído de la del Estado.

En este caso en que no es el funcionario o empleado público quien sustrae el bien, la



sanción para éste se fundamentará en las mismas razones que hacían viable la pena en el caso del peculado por sustracción que comete el funcionario o empleado público: en ambos casos se incumplen los deberes de administración que tiene el funcionario o empleado público.

Aun cuando no se haya tipificado la responsabilidad de quien sin ser funcionario o empleado público sustrae los dineros o efectos públicos, ello no es impedimento para sancionarle como cómplice primario de peculado. Si bien es cierto que en realidad el extraneus presta ayuda del autor sin la cual este no habría podido cometer el delito, también es cierto que al no tener la calidad de funcionario o empleado público no puede ser autor del delito como sugiere el Artículo 36 numeral 3 del Código Penal. En dicho comportamiento al particular se le puede calificar, como delito de hurto según lo establece el Artículo 246 del Código Penal, por lo que en el presente caso se estaría frente a un supuesto de concurso ideal de delitos; por un lado peculado como cómplice y por otro hurto, debiéndose aplicar las reglas del concurso de delitos del Artículo 70 del Código Penal.

3.5. Consecuencias ocasionadas al Estado del delito de peculado.

Como se ha mencionado anteriormente el delito de peculado se comete contra el dinero o efectos públicos pertenecientes al Estado, los cuales están bajo custodia y administrados por un funcionario o empleado público, por lo que al consumarse este delito ocasiona severos daños al Estado.

Además de esta violación reforzada del deber de probidad, como ser humano que traiciona la confianza depositada por otro respecto a los bienes y como funcionario, que lesiona los deberes de un cargo que juró cumplir, hay otras razones que justifican el trato especial que se les da a los funcionarios ímprobos, por medio del peculado.

Una apropiación en perjuicio de un particular, aunque revela también falta de probidad del autor, produce un daño limitado. Una apropiación del funcionario o empleado



público de bienes que tiene en poder, por razón de su cargo, sobre todo en el caso de la administración central, produce un daño social, porque afecta a recursos que la comunidad, a través del Estado, que había destinado para su desarrollo y para el cumplimiento de fines comunes. Pero también afecta dineros públicos; es decir, dineros que, en el caso de la administración central sobre todo, son el producto del pago de impuestos y de un esfuerzo colectivo.

Hay una diferencia importante entre los actos de apropiación realizados por un particular en perjuicio de un particular; y los realizados por un empleado o funcionario público, respecto a bienes públicos que tiene en su poder, por razón de su cargo. Los particulares pueden administrar por sí mismos sus bienes, salvo el caso de las personas jurídicas. Es un problema de los particulares, que pueden administrar por sí mismos los bienes, si los confían a otros. En cambio, el Estado está obligado a tener administradores, perceptores, custodios, etc., para que a su nombre, posean sus bienes y realicen las funciones sociales y los fines estatales.

Por tal motivo el delito de peculado produce un daño social, porque afecta la fe de los ciudadanos en sus instituciones públicas y en los que dirigen la vida social.

No se trata, entonces, de que el peculado no produzca un perjuicio para el Estado. Es que el legislador hizo una escogencia política, en el buen sentido de la palabra, en nombre de la moral pública, de no considerar el daño económico para el Estado, sino el daño social del acto. Dentro de esta concepción, el perjuicio patrimonial no importa. Y en virtud de ese punto de partida de carácter político el legislador acepta las contradicciones que se producen al crear un delito separado del delito base, que es la apropiación indebida y las consecuencias de un delito en que por lo general se produce un perjuicio estatal, el cual, sin embargo, no es tomado en cuenta a la hora de configurar el delito. También acepta las consecuencias, incluso de carácter económico para el Estado mismo, como es no darle importancia a la restitución, que, hecha a tiempo, excluye el delito de apropiación indebida y es un verdadero puente de plata para el delincuente. Con ello asume el Estado las dificultades de recuperación, por la



vía forzosa, de sus propios dineros y bienes.

Sin embargo, algunos autores afirman que el peculado tiene, como bien jurídico secundario protegido, la propiedad o patrimonio del Estado.

3.6. El dolo en el delito de peculado.

En derecho penal, constituye dolo la resolución libre y consciente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por la ley.

El delito de peculado que prevé el Artículo 445 del Código Penal es un tipo doloso, porque requiere que el sujeto haya previsto el resultado o cuando sin perseguir ese resultado se lo haya representado como posible y haya ejecutado el acto, tal como lo establece el Artículo 11 del Código Penal. El resultado en el caso del peculado más que todo es la vulneración de los deberes que tiene el funcionario o empleado público como administrador del dinero o de los efectos públicos. Por lo que se puede colegir que un peculado doloso es aquel en el cual el funcionario o empleado público quiere incumplir tal deber o lo acepta cuando se represente como probable que el comportamiento que lleva a cabo es contrario a sus deberes funcionales.

3.7. Formas de aparición del delito de peculado.

El delito de peculado es un delito instantáneo de resultado material, es un delito de peligro potencial, por lo que del mismo, cabe plantearse la pregunta de que si es objeto del peculado cosas que están fuera del comercio de los hombres. De acuerdo al Artículo 60 del Código Penal, que regula el comiso, el delito produce la pérdida a favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tenga el ofendido o terceros. ¿Existe peculado en el siguiente caso?

X, es un empleado encargado de destruir la cocaína decomisada, por lo que recibió



una cantidad de droga para destruirla, sin embargo, él se guarda una cantidad, para traficar con ella.

Es cierto que conforme a la teoría económica del patrimonio, la posición formal de propiedad es independiente de las limitaciones que tenga una cosa para ser objeto del tráfico jurídico en el comercio de los hombres.

Por el contrario, conforme a la concepción jurídico-económica del patrimonio, la circunstancia de que el objeto esté fuera del comercio de los hombres, por su carácter ilícito, implica la inexistencia de un derecho patrimonial. En el caso del comiso de un objeto que esta fuera del comercio de los hombres, existe una circunstancia adicional: la propiedad que adquiere el Estado es para la destrucción del objeto y no para su tráfico comercial.

En el ejemplo precitado, no existe el delito de peculado, si el empleado vende la cocaína en la calle. Será responsable de los delitos de incumplimiento de deberes y del delito de tráfico de drogas.

No habrá peculado, si el objeto material de la acción no existe o si éste, carece de valor. Tampoco lo habrá en aquellos casos en los que el objeto, como en el caso de un comiso de cocaína, no tenga valor económico para el Estado.

El peculado no requiere un perjuicio patrimonial al Estado para su consumación. Desde este punto de vista es posible un peculado que no produzca un perjuicio patrimonial al Estado o al ente, si existe un objeto material de la acción.

Los bienes jurídicos no pueden entenderse como objetos tangibles del mundo real, sino como valores ideales del orden social, que fundamentan la seguridad, el bienestar y la existencia de la comunidad. El bien jurídico no puede confundirse con el objeto material de la acción. Mientras el bien jurídico pertenece a la anti juridicidad de la acción, el objeto material de la acción pertenece a la tipicidad de la acción. Y sin tipicidad de la



acción, no puede haber anti juridicidad de ella.

El concepto de consumación de un delito no se agota con la violación al bien jurídico. Un delito se consuma cuando el delito se completa en todos sus elementos; es decir, cuando existe tipicidad de la acción (tipo objetivo y subjetivo), anti juridicidad de la acción (lo que implica la ausencia de causas de justificación y violación al bien jurídico tutelado) y cuando puede hacerse sobre esa acción el juicio de reproche en la cual consiste la culpabilidad.

Como el análisis de la tipicidad precede al análisis de la anti juridicidad y de la culpabilidad, en aquellos casos en los que no exista el objeto material de la acción, ya sea en su realidad, en su valor económico o porque esté fuera del comercio de los hombres, no podrá existir el delito de peculado. En estos casos falta el delito por ausencia de un elemento de la tipicidad, que es falta de objeto material de la acción. Objeto material de la acción no es lo mismo que el perjuicio en sentido técnico ni es lo mismo que perjuicio económico al Estado, que efectivamente, no lo requiere como parte de la tipicidad.

Como se mencionó anteriormente el peculado requiere que el sujeto haya previsto el resultado o cuando sin perseguir ese resultado se lo haya representado como posible lo ejecuta, en el caso del peculado culposo, así mismo el Artículo 445 del Código Penal en el segundo párrafo, establece que: Igual sanción se aplicará al funcionario o empleado público que utilizare, en provecho propio, trabajo o servicios pagados con fondos públicos. Por lo que al analizar el peculado doloso y el peculado de uso, el segundo en mención es un delito que únicamente puede cometer como autor aquel funcionario o empleado público que tiene el deber de administrar los bienes objeto de peculado. Es un delito especial propio, en el caso del peculado por uso y a diferencia del peculado doloso por sustracción, los objetos materiales ya no son dinero y efectos públicos, sino trabajo o servicios pagados con fondos públicos.

Aunque el Artículo 445 mencionado del Código Penal, expresamente no diga la relación



funcional que en todo delito de peculado debe existir entre el sujeto activo y los objetos materiales del peculado, tiene que ser la administración. Por lo que solo podrá cometer peculado por uso, aquel funcionario o empleado público que por razón de sus funciones sea el responsable de administrar el trabajo o el servicio pagado con fondos públicos que utiliza en provecho propio; como también contempla un supuesto de peculado de uso que sanciona al funcionario o empleado público que permita que otro utilice los trabajos o servicios pagados con fondos públicos.

Ante ese orden de ideas en el Artículo 445 del Código Penal, existe un vacío que genera una laguna de punición, toda vez que desde el punto de vista del peculado por uso, es exactamente lo mismo que sea el funcionario o empleado encargado de administrar el trabajo o servicio pagado con fondos públicos quien los utilice para provecho propio, o que sea un tercero, *extraneus*, quien lo haga.

Como es común hacerlo, que entre un tipo penal doloso y su modalidad culposa, no hay más diferencia que el título de imputación subjetiva, razón por la cual en el tipo penal doloso, el sujeto persigue el resultado o se le representa como posible y ejecuta el acto, mientras que en el tipo penal culposo el sujeto por imprudencia, negligencia o impericia, incumple su deber objetivo de cuidado, por lo que es posible admitir que el peculado culposo comparte con el peculado doloso la misma estructura objetiva; lo que significa que ambas modalidades de peculado tendrían los mismo elementos objetivos. El peculado culposo sancionaría, al igual que el peculado doloso por sustracción, la infracción de los deberes que tiene el funcionario o empleado público como administrador con respecto a los bienes que se le confían por razón de sus funciones.

Es necesario mencionar que el delito de peculado culposo se sanciona el dar ocasión a que otra persona sustraiga dinero o efectos públicos que se le han confiado en administración al funcionario o empleado público. Por ejemplo: un tercero que sustrae el bien y que actúa dolosamente; este tercero podrá ser un particular, en cuyo caso cometerá el delito de hurto según lo establecido en el Artículo 246 del Código Penal, sin embargo puede darse el caso que sea un funcionario o empleado público, en este caso



funcional que en todo delito de peculado debe existir entre el sujeto activo y los objetos materiales del peculado, tiene que ser la administración. Por lo que solo podrá cometer peculado por uso, aquel funcionario o empleado público que por razón de sus funciones sea el responsable de administrar el trabajo o el servicio pagado con fondos públicos que utiliza en provecho propio; como también contempla un supuesto de peculado de uso que sanciona al funcionario o empleado público que permita que otro utilice los trabajos o servicios pagados con fondos públicos.

Ante ese orden de ideas en el Artículo 445 del Código Penal, existe un vacío que genera una laguna de punición, toda vez que desde el punto de vista del peculado por uso, es exactamente lo mismo que sea el funcionario o empleado encargado de administrar el trabajo o servicio pagado con fondos públicos quien los utilice para provecho propio, o que sea un tercero, *extraneus*, quien lo haga.

Como es común hacerlo, que entre un tipo penal doloso y su modalidad culposa, no hay más diferencia que el título de imputación subjetiva, razón por la cual en el tipo penal doloso, el sujeto persigue el resultado o se le representa como posible y ejecuta el acto, mientras que en el tipo penal culposo el sujeto por imprudencia, negligencia o impericia, incumple su deber objetivo de cuidado, por lo que es posible admitir que el peculado culposo comparte con el peculado doloso la misma estructura objetiva; lo que significa que ambas modalidades de peculado tendrían los mismo elementos objetivos. El peculado culposo sancionaría, al igual que el peculado doloso por sustracción, la infracción de los deberes que tiene el funcionario o empleado público como administrador con respecto a los bienes que se le confían por razón de sus funciones.

Es necesario mencionar que el delito de peculado culposo se sanciona el dar ocasión a que otra persona sustraiga dinero o efectos públicos que se le han confiado en administración al funcionario o empleado público. Por ejemplo: un tercero que sustrae el bien y que actúa dolosamente; este tercero podrá ser un particular, en cuyo caso cometerá el delito de hurto según lo establecido en el Artículo 246 del Código Penal, sin embargo puede darse el caso que sea un funcionario o empleado público, en este caso



el funcionario o empleado público no tendría a su cargo la administración del bien, lo que no respondería como autor de peculado doloso por sustracción.

3.8. Caso Inicial.

De todo lo expuesto anteriormente, y para continuar con el estudio del delito de peculado en Guatemala, es necesario hacer estudios de casos reales tramitados en los Juzgados de Primera Instancia Penal del Organismo Judicial de Guatemala, por lo que en este caso se transcribe únicamente segmentos de una sentencia de un hecho real tramitado en el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, en el cual se omitirán los nombres de los acusados, Juzgado y causa, por la única razón que este trabajo solo es un estudio jurídico-académico:

En el expediente identificado como C-0002-2009-0005 del Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.... El día XXXX de XXXX del año dos mil nueve, se emitió **sentencia en Juicio Especial de Procedimiento Abreviado** a los acusados: 1) Selvin xxxxx, por los delitos de peculado y uso de documentos falsificados; 2) Brayan yyyyy, por los delitos de falsedad ideológica, cometida en forma continuada y peculado cometido en forma continuada, en calidad de cómplice y el delito de encubrimiento propio; 3) Saúl zzzzz, por el delito de peculado cometido en calidad de cómplice y por el delito de Falsedad Ideológica; 4) Mario nnnnn, por el delito de encubrimiento propio; y 5) Esaú wwww, por el delito de peculado cometido en forma continuada.

Comentario:

Según el pronunciamiento de esta sentencia se procedió conforme al Procedimiento Abreviado, establecido en el Código Procesal Penal, en su Artículo 464; **Admisibilidad**. Si el Ministerio Público estimare suficiente la imposición de una pena no mayor a cinco años de privación de libertad, o de una pena no privativa de libertad, o aún en forma conjunta, podrá solicitar que se proceda según este título, concretando su requerimiento



ante el juez de primera instancia en el procedimiento intermedio...

CONSIDERANDO DE DERECHO:

Al acusado Selvin xxxxx, se le atribuye al comisión de los delitos de peculado y Uso de Documentos Falsificados. Al acusado BRAYAN yyyyy, la comisión de los delitos de PECULADO COMETIDO EN FORMA CONTINUADA, EN CALIDAD DE CÓMPLICE y POR EL DELITO DE FALSEDAD IDEOLÓGICA. Al acusado SAUL zzzzz, se le atribuye la comisión de los delitos de PECULADO COMETIDO EN CALIDAD DE CÓMPLICE y POR EL DELITO DE FALSEDAD IDEOLÓGICA. Al acusado MARIO nnnnn, se le atribuye la comisión del delito de ENCUBRIMIENTO PROPIO, y al acusado ESAU wwwww, se le atribuye la comisión del delito de PECULADO, cometido en forma continuada.

El tipo penal de peculado está regulado en el Artículo 445 del Código Penal y se define en el funcionario o empleado público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga dinero o efectos públicos que tenga a su cargo, por razón de sus funciones. El tipo Penal de Falsedad Ideológica está definido en el Artículo 322 del mismo cuerpo normativo y se materializa cuando, con motivo del otorgamiento, autorización o formalización de un documento público, insertare o hiciere insertar declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio. Así también tenemos que el tipo penal de Uso de Documentos Falsificados, el cual está contenido en el Artículo 325 de nuestro ordenamiento jurídico sustantivo penal, y se materializa cuando el sujeto activo del delito, sin haber intervenido en la falsificación, hiciere uso de un documento falsificado, a sabiendas de su falsedad. También el Artículo 474 del mismo cuerpo normativo regula el Encubrimiento Propio y de manifiesta este tipo penal, cuando el agente sin concierto, connivencia o acuerdos previos con los autores o cómplices del delito, pero con conocimiento de su perpetración, interviene con posterioridad, ejecutando alguno de los siguientes hechos: 1º4º Recibir, ocultar, suprimir, inutilizar, aprovechar, guardar, esconder, traficar o negociar, en cualquier forma, objetos, efecto, instrumentos pruebas o rastros del delito.



Es decir que éstos son los supuestos normativos en los cuales el Ministerio público basa la acusación que formula en contra de los acusados ya mencionados.

Comentario:

Como se puede ver en este primer párrafo que se trata del Considerando de Derecho, la acusación es en contra de varias personas y que aparte del delito de peculado, se cometieron otros, más adelante veremos si todas estas personas son funcionarios o empleados públicos o personas particulares.

CONSIDERANDO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO:

El proceso penal guatemalteco confiere suma importancia al acto mediante el cual el Ministerio Público formula la acusación, porque en ese acto va inmersa la imputación de acciones que en un momento determinado podría haber materializado el sujeto activo del delito y que van a estar sujetas a la verificación en la fase del debate, por los jueces que recibirán la prueba de cargo y descargo que se haya propuesto y aceptado. La acción que ejercita el Ministerio Público en la acusación, no es más que la reacción punitiva del Estado frente al delito, es decir el pleno ejercicio del ius puniendi. La ley adjetiva penal obliga al Estado que por medio del Ministerio Público haga una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho en el acto procesal de acusación, esto para el necesario cumplimiento del principio del debido proceso, entendido este principio de la forma siguiente por la Honorable Corte de Constitucionalidad: "para el cumplimiento de los fines que son inherentes al juicio penal – esto es la averiguación y comprobación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo haber sido cometido, el establecimiento de la posible participación del sindicado la declaración, en su caso, de su responsabilidad- es de imperativa observancia que en la tramitación del proceso se cumpla con agotar todas las fases que la ley establece; para ello deberán acatarse los siguientes aspectos. I) la notificación y audiencia al afectado o a las partes; II) la oportunidad de aportación de pruebas, su recepción y su valoración por los sistemas autorizados por la ley; III) sentencia dictada en un plazo razonable y



pronunciada por un tribunal u órgano imparcial u objetivo; IV) la posibilidad de que dicho fallo pueda ser revisado por una instancia superior, imparcial y objetiva. La puntual observancia de tales aspectos se materializa en el respeto al principio jurídico del debido proceso, que es un derecho que asiste, en igual proporción, a todas las partes que concurren ajuicio y es lo que les permite ejercer su actividad con oportunidades equivalentes cada una en su ámbito de actuación. Sin embargo, cabe hacer énfasis en el hecho de que dicho principio no se agota con el sólo cumplimiento de las fases que conforman los procesos –cualquiera que sea su índole-, pues es necesario que en cada una de ellas se respeten los derechos que la ley confiere a las partes de acuerdo al derecho que ejercitan. De ahí que en la sustanciación de un proceso bien podrían consumarse todas las etapas necesarias para su tramitación pero si en una o varias de ellas se impide o veda a las partes el uso de un derecho, ello se traduce en violación del derecho al debido proceso...” (**Expedientes 491 y 525-2000 y 492-2000, Gaceta No. 59 de la Honorable Corte de Constitucionalidad**). Otro de los principios que se respeta al plantear correctamente la acusación es el de defensa, porque ésta institución, tanto en su aspecto técnico como material, conoce exactamente los hechos por los cuales va a ser juzgada la persona acusada, consecuentemente es menester que el acusado sepa exactamente la acción delictiva imputada, que supuestamente materializó, así como las circunstancias de tiempo, lugar y modo que se supone concurren para cometer el ilícito penal. La acción se puede definir como toda acción corporal que lleva a cabo el sujeto activo del delito, dirigida por su propia voluntad y que conlleva la búsqueda de una finalidad, por lo que para que una conducta sea jurídico-penalmente relevante, debe concurrir el elemento finalista de la acción, es decir cuál es el resultado que el agente del delito espera de la acción que voluntariamente materializa. La consecuencia fundamental del anterior planteamiento conlleva la inclusión del dolo en la acción. Por su parte el dolo está compuesto de dos elementos siendo el primero el intelectual que se configura por el hecho de conocer la realización de los elementos del tipo penal, es decir que el sujeto activo del delito debe saber que la conducta que realiza es delictiva y el segundo que se conoce como Elemento Volitivo, que se traduce en la voluntad personal de realizar los elementos del tipo penal, por lo tanto, para que una acción sea jurídico-penalmente relevante, el sujeto activo



deber conocer que la conducta que materializa es ilícita y debe necesariamente querer hacerla. El legislador, al aprobar la ley procesal penal guatemalteca, no hace más que recoger los principios de la lógica y la experiencia en esa normativa, toda vez que, para que alguien se defienda de algo, necesariamente debe conocer de qué acción u omisión lo acusan. Por otra parte al analizar la importancia que el proceso penal da a la acusación nos damos cuenta que en la fase intermedia y en la fase del juicio, se privilegia esta situación al exigírsele al Estado, por parte del ente acusador, que en el acto procesal de acusación, indique en forma clara, precisa y circunstanciada el hecho punible, esto se recoge específicamente en el Artículo 332 “bis” del Código Procesal Penal. Es tal la magnitud e importancia de la acusación, que de conformidad con el Artículo 388 del Código procesal Penal, aún los jueces no podemos dar por acreditados hechos distintos de los descritos en la acusación. Todo lo anotado no es más que el respeto al principio del debido proceso y al derecho de defensa que tiene toda persona. Del análisis de los Artículos 332 “bis” y 388 ya mencionados, nos damos cuenta que el eje del proceso penal, tanto en la fase intermedia como en la fase del debate, va a ser definitivamente la acusación, porque los sujetos procesales se encargarán de apoyar o atacar dicho presupuesto fáctico, según sea el caso. Por su parte La Cámara Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en los expedientes acumulados número 297 v 298 ambos del 2001, dictó sentencia con fecha quince de abril de dos mil dos y realizó la siguiente consideración en cuanto a los hechos contenidos en la Acusación “Siéndolos hechos acusados los que condicionan la actividad del tribunal sentenciador, es necesario que la acusación se haya formulado de manera clara, precisa y circunstanciada a efecto de que se cumpla con los efectos del control de la misma, la cual debe describir el hecho delictivo, precisando y atribuyendo una participación específica del imputado...”. El mismo cuerpo colegiado en sentencia del veintitrés de junio de dos mil cuatro, dentro del expediente 43-2002 emitió la siguiente consideración “El Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala contempla las garantías de defensa que tiene toda persona que se encuentre sindicada de haber cometido un hecho tipificado como delito o falta. Esta garantía constitucional de defensa contiene tres aspectos fundamentales que son: el derecho a ser oído, una imputación necesaria y el derecho de audiencia. En otras palabras, el derecho de defensa del



imputado comprende, la facultad que tiene de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en el proceso, todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad punitiva del Estado. La base del derecho de ser oído reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación en su contra. En lo atinente a la imputación necesaria estriba, en primer lugar, que para que alguien pueda defenderse, es imprescindible que exista algo de que defenderse; esto es, algo que se le atribuya, haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, exigencia que en materia procesal penal se conoce como “imputación”. La imputación correctamente planteada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o alguno de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico penal a la que, combinados con los que son afirmados, guían también a evitar la consecuencia o a reducirla. La imputación necesaria debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona. Ello significa describir un acontecimiento que se supone real con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos y le proporcionen su materialidad concreta...” “Hechas estas consideraciones y al analizar el escrito de acusación, el suscrito juez reconoce que la misma está planteada en los términos exigidos en el Artículo 332 Bis del Código Procesal Penal, toda vez que, contiene la precisa y circunstanciada imputación de acciones, que cada uno de los acusados materializó y que podrían encuadrar en figuras delictivas.

Comentario:

En este considerando el Juzgador únicamente cita fallos emitidos tanto de la Corte de Constitucionalidad como de la Corte Suprema de Justicia, respecto a las garantías constitucionales del debido proceso y el derecho de defensa.

CONSIDERANDO FÁCTICO:

Hechas las consideraciones anteriores, se entra a analizar el presente caso y mediante la prueba aportada por el Ministerio Público, se determinó lo siguiente: A) que el señor



SELVIN xxxxx, cuando se desempeñó como Tesorero de la Municipalidad de, Departamento de, en el período del dieciséis de mayo de dos mil siete al uno de abril de dos mil ocho, sustrajo de los fondos de la municipalidad en mención, la cantidad de doscientos ochenta y ocho mil ciento siete quetzales exactos (Q.288,107.00) fondos que tenía a su disposición por razón del cargo que desempeñaba como Tesorero. La sustracción del dinero la realizó al haber emitido de la cuenta de depósitos monetarios número cero cero guión cero cero guión cero cero (00-00-00) del Banco..., cuenta denominada "10% Municipalidad de...", cheques a nombre de diversas personas, como pago de servicios prestados a la mencionada municipalidad, los que no se realizaron y se justificaron con facturas falsas de diversas empresas. Los cheques emitidos como pago de los servicios son los siguientes: 1) A nombre del señor Alberto... y Álvaro... (que identifican a la misma persona) se emitieron los cheques números 12199736, de fecha veintiuno de noviembre de dos mil siete, por la cantidad de dieciséis mil trescientos noventa y dos quetzales, (Q. 16,392.00); cheque número12199749, de fecha veintitrés de noviembre de dos mil siete, por la cantidad de doce mil quetzales (Q.12,000.00) y el cheque número12199666, de fecha veintinueve de agosto del año dos mil siete, por la cantidad de veintiocho mil quetzales (Q.28,000.00) justificando el pago de dichos cheques, con las facturas falsas número0000325,0000326,0000327,0000329,0000337, de la entidad denominada "línea 4" propiedad del señor Alberto.... 2) A nombre del señor Hugo....., se emitieron los cheques número12199756, de fecha veintiséis de noviembre de dos mil siete, por la cantidad de nueve mil quetzales (Q.9,000.00) y el cheque número12199659,por la cantidad de veintiún mil ochocientos cincuenta quetzales(Q.21,850.00) justificando el pago de los cheques en mención, con las facturas falsas número 003161 y 0010034, de la entidad denominada "Distribuidora Gallo" propiedad del señor Hugo.... 3) A nombre de la señora Karina...,Karina del Roció... y Karina del Rosio..., (Refiriéndose a la misma persona), se emitieron los cheques número 12199737, de fecha veintiuno de noviembre de dos mil siete, por la cantidad de quince mil quinientos quetzales (Q.15,500.00) cheque número 12199778, de fecha once de diciembre de dos mil siete, por la cantidad de doce mil quetzales(Q.12,000.00); cheque número 10820044, de fecha treinta y uno de mayo de dos mil siete, por la cantidad de diecinueve mil



ochocientos quetzales(Q.19,800.00);cheque número 12199657, de fecha dos de agosto de dos mil siete, por la cantidad de veinticinco mil novecientos veinte quetzales(Q.25,920.00) cheque número 12199667, de fecha veintinueve de agosto de dos mil siete, por la cantidad de diecinueve mil ochocientos veinte quetzales (Q.19,820.00) y cheque número 12199735, de fecha siete de noviembre de dos mil siete, por la cantidad de diez mil quetzales(Q.10,000.00), justificando el pago de los cheques anteriormente indicados, con las facturas falsas números 00321,000323,000326,000343,000347 y000349, de la entidad denominada "Multiservicios" propiedad de la señora Karina del Rocío.... 4) A nombre del señor Flavio... y Flavio Antonio..., se emitieron los cheques número 12199632, de fecha cuatro de julio de dos mil siete, por la cantidad de diecisiete mil ciento veinte quetzales (Q.17,120.00)cheque número 12199658, de fecha dos de agosto de dos mil siete, por la cantidad de veintidós mil ochocientos ochenta quetzales (Q.22,880.00)cheque número 121299689, de fecha veintiuno de septiembre del año dos mil siete, por la cantidad de diez mil quetzales(Q.10,000.00) cheque número 12199733, de fecha treinta de octubre del año dos mil siete, por la cantidad de seis mil quinientos quetzales (Q.6,000.00) cheque número12199746, de fecha veintitrés de noviembre del año dos mil siete, por la cantidad de doce mil quetzales (Q.12,000.00) cheque número 12199790, de fecha veintiséis de diciembre del año dos mil siete, por la cantidad de once mil novecientos cincuenta quetzales (Q.11,950.00), justificando el pago de los cheques anteriormente indicados, con las facturas falsas número 000425, 000429, 000432, 000437, 000438, 000441, de la entidad denominada "CONSTRUHER" propiedad del señor Flavio Antonio.... Asimismo, de la cuenta de depósitos monetarios, número cuarenta y uno guión cero cero cero cuatrocientos catorce guión seis (41-000414-6) del Banco..., cuenta denominada "Vehículos Municipalidad de...", se emitió el cheque número 05014s02, de fecha cinco de noviembre de dos mil siete, por cantidad de cinco mil quetzales exactos(Q.5,000.00) girado a nombre del señor Hugo...,justificando el pago del cheque en mención, con la factura falsa número0010032, de la entidad denominada "Distribuidora Galindo" propiedad del señor Flavio Antonio.... Asimismo, de la cuenta de depósitos monetarios, número cuarenta y uno guión cero cero cero cuatrocientos quince guión cuatro (41-000415-4) del Banco..., cuenta denominada "petróleo



Municipalidad de..." se emitió el cheque número962S173, por la cantidad de Doce mil trescientos setenta y cinco quetzales exactos (O.12,375.00) el cual fue emitido a nombre de la señora Karina del Rocío..., justificando el pago de dicho cheque, con la factura falsa número 00350, de la entidad denominada "Multiservicios "propiedad de la señora Karina del Rocío.... Los hechos anteriormente indicados se acreditaron en primer lugar con las declaraciones testimoniales prestadas por los señores Alberto... obrantes a folios trescientos sesenta y cuatrocientos dos, quien básicamente indicó que las facturas trescientos veintinueve y trescientos treinta y siete de la entidad Línea 4 de su propiedad, no habían sido emitidas, así como que nunca había realizado ningún tipo de servicio a favor de la municipalidad...; declaración del señor Hugo... obrante a folio cuatrocientos dieciséis, quien indicó que es titular de la entidad mercantil denominada Distribuidora Galindo, y refirió que la factura serie "A" número cero cero diez mil treinta y cuatro que se le puso a la vista era falsa y que la factura legal había sido extendida el diecisiete de octubre de dos mil siete, a la empresa Domore, por la venta de un galón de solvente por la cantidad de cuarenta quetzales, también afirmó que no había tenido ningún tipo de relación de prestación de servicios con la municipalidad.... Agregó que no había cobrado ningún cheque proveniente de dicho ente municipal; la declaración testimonial de Karina del Rocío..., quien indicó que es titular de la empresa mercantil denominada Multiservicios, afirmó que dicha empresa no había prestado ningún tipo de servicio a la municipalidad de..., agregó que en ningún momento cobró o recibió algún cheque de ese órgano edil por concepto de pago por servicios prestados y la declaración testimonial del señor Flavio Antonio..., quien indicó que rechazaba cualquier relación contractual con la municipalidad de..., porque no había tenido ninguna relación comercial con ellos. Además que en ningún momento cobró algún cheque proveniente de esa entidad edilicia. Las anteriores declaraciones se concatenan con la prueba documental que obra en autos consistente en copias certificadas de los cheques mencionados en este apartado, así como las facturas falsas que se ingresaron a la contabilidad de la municipalidad de..., con las cuales se pretendió justificar los pagos hechos, como producto de servicios no prestados a la municipalidad. Con los anteriores elementos probatorios queda acreditada la Sustracción ilícita del dinero que el acusado SELVIN xxxxx, hizo de los fondos municipales, lo cual obviamente devino en



provecho propio, pretendiendo legalizar dicha sustracción ilícita con la incorporación de facturas falsas a la contabilidad de la municipalidad y se afirma que son falsas porque los titulares de las entidades mercantiles ya mencionadas pusieron a la vista las verdaderas, las cuales en algunos casos, aún no habían sido utilizadas por ellos o bien habían sido emitidas a nombre de otras personas y por otra clase de servicios. Encuadrando perfectamente su conducta en el tipo penal de peculado al sustraer como funcionario público, los fondos que le habían sido asignados para administración y en el tipo penal de Uso de Documentos falsificados, toda vez que, las facturas con las que pretendió justificar los pagos, eran evidentemente falsas.

Comentario:

Como se pudo establecer que el acusado tenían un cargo público, y sus acciones encuadran en el tipo del delito de peculado, así como también al sustraer dinero de la Municipalidad que se le había confiado para su administración, también cometió otro delito como lo es el Uso de Documentos Falsificados, al emitir facturas falsas, las cuales fueron verificadas por los testigos, que eran propietarios de entidades mercantiles y que en algunos casos no habían emitido las facturas originales, y en otros que le fue extendida a otra persona por otro producto o servicio.

B) Que el señor BRAYAN yyyyy, cuando se desempeñó como Coordinador de la Oficina Municipal de planificación de la Municipalidad de..., en el periodo comprendido del dos de mayo de dos mil siete al treinta y uno de marzo de dos mil ocho, actuando en connivencia con Selvin xxxxx, Ex Tesorero de la Municipalidad en mención, insertó datos falsos en documentos que se encontraban a su cargo por razón de sus funciones, a efecto de hacer constar la recepción de obras y servicios proporcionados a dicha municipalidad por las empresas denominadas "Línea4" y "Multiservicios" trabajos que en ningún momento fueron realizados; los documentos en los cuales insertó datos falsos son los siguientes: 1)Formulario de recepción de Bienes/Servicios de la Municipalidad de..., número 00106, de fecha diecinueve de noviembre de dos mil siete, elaborado a nombre de la entidad denominada "Línea 4" por la cantidad de dieciséis mil



trecientos noventa y dos quetzales(Q.16,392.00); 2) Oficio sin número y sin fecha, el cual se encuentra adjunto al Formulario de recepción de Bienes/Servicios de la Municipalidad de..., número 00106, de fecha diecinueve de noviembre de dos mil siete, dirigido al señor Oscar..., Alcalde Municipal de la Municipalidad en mención, por medio del cual el señor BRAYAN yyyyy, le informa que recibió los trabajos de la entidad denominada "Línea 4". 3) Formulario de recepción de Bienes/Servicios de la Municipalidad de..., número 00113, de fecha veintidós de noviembre de dos mil siete, a nombre de la entidad mercantil denominada "Línea 4" por un monto de doce mil quetzales. (Q.12, 000.00); 4) oficio sin número y sin fecha, el cual se encuentra adjunto al Formulario de recepción de Bienes/Servicios de la Municipalidad de..., número 00113, de fecha veintidós de noviembre de dos mil siete, dirigido al señor Alcalde Municipal de la Municipalidad en mención, por medio del cual el señor BRAYAN yyyyy, le informa que recibió los trabajos de la entidad denominada "Línea 4". 5)Formulario de recepción de Bienes/Servicios de la Municipalidad de..., número 00107, de fecha diecinueve de noviembre de dos mil siete, a nombre de la entidad mercantil denominada "Multiservicios" por un monto de quince mil quinientos quetzales(Q.15,500.00); 6) oficio sin número y sin fecha, el cual se encuentra adjunto al formulario de recepción de Bienes/Servicios de la Municipalidad de..., número 00107, de fecha diecinueve de noviembre de dos mil siete, dirigido al señor Alcalde Municipal de la Municipalidad en mención, por medio del cual el señor BRAYAN yyyyy, le informa que fueron recibidos los trabajos de la entidad denominada "Multiservicios"; 7) Formulario de recepción de Bienes/Servicios de la Municipalidad de..., número00103, de fecha ocho de noviembre de dos mil siete, a nombre del proveedor denominado "Multiservicios" por un monto de diez mil quetzales (Q.10,000.00). 8) Oficio sin número y sin fecha, el cual se encuentra adjunto al Formulario de recepción de Bienes/Servicios de la Municipalidad de Santa Catarina Barahona, número 00103, de fecha ocho de noviembre de dos mil siete, dirigido al señor Alcalde Municipal de la Municipalidad en mención, por medio del cual el señor BRAYAN yyyyy, le informa que se recibieron los trabajos de la entidad denominada "Multiservicios". Al hacer Constar la recepción de trabajos no realizados por las empresas "Línea 4" y "Multiservicios" proporcionando los medios necesarios para que el señor Selvin xxxxx, Ex Tesorero de la Municipalidad



de..., sustrajera de la referida municipalidad, la cantidad de cincuenta y tres mil ochocientos noventa y dos quetzales, (Q.53, 892.00) toda vez que, se emitieron cheques de pago a nombre de los propietarios de dichas empresas, los cuales fueron cobrados por personas distintas a ellos. Dichos cheques fueron emitidos de la cuenta bancaria de la Municipalidad en mención, cuenta número cuarenta y uno guión cero cero cero cuatrocientos trece guión ocho (41-000413-8) del Banco..., cuenta denominada "10% Municipalidad de..." siendo los siguientes cheques:1)A nombre del señor Alberto... y Alvarado...,se emitieron los cheques número 12199736,de fecha veintiuno de noviembre de dos mil siete, por la cantidad de dieciséis mil trescientos noventa y dos quetzales (Q.16,392.00) y el cheque número 12199749 de fecha veintitrés de noviembre de dos mil siete, por la cantidad de doce mil quetzales(Q.12,000.00); pretendiendo justificar los pagos realizados con dinero de la municipalidad, con las facturas falsas número 0000329 y0000337, de la entidad denominada "Línea 4". 2) A nombre de la señora Karina del Rocío..., y Karina del Rosio..., se emitió el cheque número 12199737, de fecha veintiuno de noviembre de dos mil siete, por la cantidad de quince mil quinientos quetzales (Q.15, 500.00) y el cheque número 12199735, de fecha siete de noviembre de dos mil siete, por la cantidad de diez mil quetzales (Q.10, 000.00); pretendiendo justificar el pago, con las facturas falsas números 00349 y000347, de la entidad denominada "Multiservicios". Los hechos anteriormente indicados se acreditaron con las declaraciones testimoniales prestadas por los señores Alberto... obrante a folios trescientos sesenta y cuatrocientos dos, titular de la entidad Línea 4 y Karina del Rocío...,quien indicó que es propietaria de la empresa mercantil denominada Multiservicios, quienes afirmaron categóricamente que sus empresas no habían prestado ningún tipo deservicio a la municipalidad de..., refirieron que en ningún momento cobraron, endosaron o recibieron algún cheque de ese órgano edil, por concepto de pago por servicios prestados. Las anteriores declaraciones se concatenan con la prueba documental consistente en copia certificada de los cheques ya relacionados, así como las facturas falsas que se ingresaron a la contabilidad de la municipalidad de..., con las cuales se pretendió justificar los pagos hechos, como producto de servicios no prestados a la municipalidad. Con los anteriores elementos probatorios queda acreditada la complicidad del acusado BRAYAN yyyyy, al

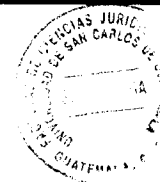


permitir con sus acciones, la sustracción ilícita del dinero que el acusado SELVIN xxxxx, hizo de los fondos municipales, pretendiendo legalizar dicha sustracción con la incorporación de facturas falsas a la contabilidad de la municipalidad y se afirma que son falsas porque los titulares de las entidades mercantiles ya mencionadas pusieron a la vista las verdaderas, las cuales en algunos casos, aún no habían sido utilizadas por ellos o bien estaban emitidas a nombre de otras personas distintas. Tal conducta encuadra en el tipo penal de peculado continuado en calidad de cómplice, porque proporcionó los medios necesarios para que el señor Selvin xxxxx, sustrajera los fondos municipales. También encuadra en el tipo penal de Falsedad Ideológica porque al insertar declaraciones falsas en los formularios de recepción de Bienes/Servicios afirmó que había recibido las obras, lo cual no fue cierto, porque dichas obras jamás se realizaron por parte de las empresas ya indicadas.

Comentario:

Tal como lo establece el Código Penal al indicar que “el que...o consintiere para que otro sustraiga dinero o efectos públicos...”, también es autor de peculado, el segundo sindicado en mención también era un empleado público, que consintió que otro empleado público sustrajera dinero público, así como también cometió el delito de Falsedad Ideológica al insertar declaraciones falsas en los formularios de recepción, y los informes rendidos al Alcalde de la municipalidad.

C) Que el sindicado MARIO nnnnn, del periodo comprendido del treinta y uno de mayo al once de diciembre del año dos mil siete, sin que existiera acuerdo previo, pero con pleno conocimiento de la sustracción de fondos que realizaba en forma ilícita, de la Municipalidad de..., el Tesorero Municipal de la misma, señor Selvin xxxxx, intervino recibiendo del señor Selvin, cheques emitidos de las cuentas bancarias de la Municipalidad de..., per un monto total de Setenta y dos mil ciento noventa y dos quetzales (Q.72,192.00) emitidos como pago a diversos proveedores y siendo cobrado por usted el monto ya relacionado en el Banco..., no obstante que los primeros endosos eran falsos, porque las personas a las que supuestamente estaban emitidos, jamás los



firmaron. Los cheques cobrados por usted son: A) de la cuenta de depósitos monetarios, número cuarenta y uno guión cero cero cero cuatrocientos trece guión ocho (41-0000413-8) del Banco..., cuenta denominada "10% Municipalidad de...", los siguientes cheques: 1)Cheque número 12199736, de fecha veintiuno de noviembre de dos mil siete, por la cantidad de dieciséis mil trescientos noventa y dos quetzales(Q.16,392.00) 2) cheque número 12199749, de fecha veintitrés de noviembre de dos mil siete, por la cantidad de doce mil quetzales(Q.12,000,00) girados a nombre del señor Alberto... respectivamente, propietario de la entidad mercantil denominada "Línea 4". 3) cheque número 12199778 de fecha once de diciembre de dos mil siete, por la cantidad de doce mil quetzales (Q.12, 000.00); 4) cheque número 10820044, de fecha treinta y uno de mayo de dos mil siete, por la cantidad de diecinueve mil ochocientos quetzales (Q.19, 800.00) los cheques indicados en los numerales 3 y 4 figuran emitidos a nombre de Karina del Rocío... y Karina del Rocío... respectivamente, propietaria de la entidad denominada "Multiservicios". 5) cheque número 12199146, de fecha veintitrés de noviembre de dos mil siete, por la cantidad de doce mil quetzales (Q.12, 000.00) emitido a nombre de Flavio..., propietario de la entidad denominada CONSTRUHER. Los hechos anteriormente indicados se acreditaron básicamente con las copias certificadas por el señor encargado de la sección de microfilm del banco..., en las que consta que los cheques ya relacionados fueron cobrados por usted, toda vez que, en los mismos está estampada su firma y número de cédula, lo que implica el cobro. Lo anterior encuentra refuerzo con su propia declaración en el sentido de que acepta haber cobrado esos cheques y que el producto de los mismos lo entregó a otra persona, con tal acción encubrió un ilícito penal, toda vez que, recibió personalmente instrumentos del delito, los cuales están constituidos en esta ocasión por el dinero sustraído en forma ilícita de las arcas municipales, encuadrando su conducta en el tipo penal de encubrimiento propio, al recibir instrumentos del delito, constituidos en esta ocasión por el dinero proveniente de la municipalidad ya relacionada.

Comentario:

Con el sindicado mencionado se trata de una persona particular, por lo que no es un



funcionario o empleado público, pero que participo en la acción del ilícito penal, por lo cual su acción se tipifica en el tipo penal de Encubrimiento Propio.

D) Que el señor ESAU zzzzz, en su calidad de Tesorero de la Municipalidad de..., durante el período comprendido del quince de enero de dos mil cuatro al quince de mayo de dos mil siete, actuando en connivencia con el señor Alcalde de la Municipalidad en mención, sustrajo de los fondos de la misma, la cantidad de cuarenta y ocho mil quetzales exactos (Q.48, 000.00) los que tenía a su cargo por razón de la función que desempeñaba. Dicha sustracción la realizó al haber emitido dos cheques de la cuenta de depósitos monetarios, de la Municipalidad ya relacionada, número cuarenta y uno guión cero cero cero cuatrocientos trece guión ocho (41-000413-8) del Banco..., denominada "10%Municipalidad de..." para el pago de facturas falsas por servicios no realizados, los cheques son los siguientes: 1) Cheque número 10820010, emitido con fecha dos de mayo de dos mil siete, por la cantidad de Veintiocho mil doscientos cincuenta quetzales(Q.28,250.00); 2) Cheque número 10820022, de fecha quince de mayo de dos mil siete, por la cantidad de diecinueve mil setecientos cincuenta (Q.19,750.00) ambos emitidos a favor del señor Flavio Antonio..., con los que se hizo el pago de las facturas falsas números 000169 y 000430 de la entidad denominada CONSTRUHER propiedad de la persona antes mencionada, y se afirma que las facturas son falsas, porque las originales aún no habían sido emitidas a nombre de ninguna persona o entidad, por parte de la referida empresa. Los hechos anteriormente indicados se acreditaron con la declaración testimonial prestada por el señor Flavio Antonio..., quien indicó que rechazaba cualquier relación contractual con la municipalidad de..., porque no había tenido ninguna relación comercial con ellos. Además que en ningún momento cobró algún cheque proveniente de esa entidad edilicia y que las facturas que supuestamente emitió aún no habían sido utilizadas por su empresa, adjuntando al momento de su declaración las originales, las cuales están en blanco. La anterior declaración se concatena con la prueba documental que obra en autos consistente en copias certificadas de los cheques mencionados en este apartado, así como las facturas falsas que se ingresaron a la contabilidad de la municipalidad de..., con las cuales se pretendió justificar los pagos hechos, como producto de servicios no prestados a la municipalidad. Con los anteriores elementos probatorios



queda acreditada la Sustracción Ilícita del dinero que el acusado ESAU... hizo de los fondos municipales, lo cual obviamente devino en provecho propio, pretendiendo legalizar dicha sustracción con la incorporación de facturas falsas, a la contabilidad de la municipalidad, encuadrando su conducta en el tipo penal de peculado cometido en forma continuada.

Comentario:

Con el sindicado de nombre Esaú, se puede establecer que se trata de un empleado público, con el cargo de tesorero de una municipalidad, por lo que el ilícito que cometió encuadra en el delito de peculado.

E) Que el señor SAUL zzzzz, cuando desempeñaba el puesto de receptor de ingresos de la Municipalidad de..., durante el período de diez de enero de dos mil siete al veintiséis de noviembre de dos mil ocho, actuando en connivencia con el señor Selvin xxxxx, ex tesorero de la Municipalidad de..., realizó transacciones financieras por un monto de treinta y siete mil quetzales exactos (Q 37,000.00) consintiendo con esa acción en la sustracción de fondos municipales. Dicha acción delictiva la realizó al haber cobrado varios cheques emitidos de cuentas bancarias de la Municipalidad en mención, a nombre de diversas personas, los cuales se emitieron como pago de servicios no realizados a la referida Municipalidad, los cuales fueron justificados con facturas falsas emitidas supuestamente por diversas empresas; los cheques que usted hizo efectivos al cobrar son los siguientes: 1) de la cuenta de depósitos monetarios, número cuarenta y uno guión cero cero cero cuatrocientos catorce guión seis (41-000414-6) del Banco..., denominada "Vehículos Municipalidad de..." se emitió el cheque número05014502, de fecha cinco de noviembre de dos mil siete, por la cantidad de cinco mil quetzales exactos (Q.5,000.00) a nombre del señor Hugo..., propietario de la entidad denominada Distribuidora Galindo; 2)De la cuenta número cuarenta y uno guión cero cero cero cuatrocientos trece guión ocho(41-000413-8) del Banco..., cuenta denominada "10% Municipalidad de..." se emitieron los siguientes cheques: a) número 12199737, de fecha veintiuno de noviembre de dos mil siete, por la cantidad de quince mil quinientos quetzales (Q.15,500.00); b)número12199735, de fecha siete de



noviembre de dos mil siete, por la cantidad de diez mil quetzales (Q.10,000.00) ambos cheques emitidos a nombre de Karina del Rocío... y Karina del Rosio... respectivamente; c) cheque número 12199733, de fecha treinta de octubre del año dos mil siete, por la cantidad de seis mil quinientos quetzales, (Q.6,500.00) emitido a nombre de Flavio..., propietario de la entidad denominada CONSTRUHER; al haber hecho efectivo el cobro por medio de endosos falsos, encuadrando esa conducta en el tipo penal de peculado en calidad de cómplice. Asimismo se le sindicca que en su calidad de receptor de ingresos de la Municipalidad de..., y actuando en contubernio con el señor Brayan yyyyy, ex tesorero de la Municipalidad de..., insertó declaraciones falsas en formas 7-B de ingresos varios de la referida Municipalidad, los cuales tenía a su cargo por razón de sus funciones, haciendo constar en los mismos que varias personas a las cuales fueron emitidos cheques de cuentas bancarias de la Municipalidad en mención, como pago de supuestos servicios realizados a la misma, los cuales fueron justificados con facturas falsas, reintegraban a dicha Municipalidad el dinero recibido por ellos; los documentos en los cuales insertó declaraciones falsas son los siguientes:

- 1) Forma 7-B Ingresos Varios, Serie "A" número 17036, de fecha dos de abril de dos mil ocho, en la cual se hace constar que la entidad denominada Distribuidora Galindo, reintegró a la municipalidad de..., la cantidad de nueve mil quetzales(Q.9,000.00);
- 2) Forma 7-B Ingresos Varios, Serie "A" número 16869, de fecha cinco de marzo de dos mil ocho, en la cual se hace constar que la entidad denominada Línea 4, reintegró a la municipalidad de..., la cantidad de veintiocho mil trescientos noventa y dos quetzales (Q.28,392.00);
- 3) Forma 7-B Ingresos varios, Serie "A" número 16868, de fecha cinco de marzo de dos mil ocho, en la cual se hace constar que la entidad denominada Multiservicios, reintegró a la municipalidad de..., la cantidad de treinta y nueve mil ochocientos setenta y cinco quetzales (Q.39,875.00).

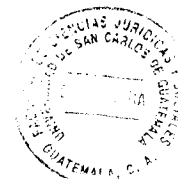
Los hechos anteriormente indicados se acreditaron con las copias certificadas por el encargado de la sección de Microfilm del Banco..., en las que consta que usted personalmente cobró los cheques ya relacionados en el presente apartado, y las declaraciones testimoniales de los señores Hugo..., obrante a folio cuatrocientos dieciséis, quien indicó que es titular de la entidad mercantil denominada Distribuidora Galindo, y refirió que la factura serie "A" número cero cero diez mil treinta y cuatro, que se le puso a la vista era falsa y que la



factura legal había sido extendida el diecisiete de octubre de dos mil siete, a la empresa Domore, por la venta de un galón de solvente por la cantidad de cuarenta quetzales, también afirmó que no había tenido ningún tipo de relación de prestación de servicios con la municipalidad de.... Informó que no había cobrado ningún cheque proveniente de dicho ente municipal ni lo había endosado; También con la declaración testimonial de Karina del Rocío..., quien indicó que es titular de la empresa mercantil denominada Multiservicios, afirmó que dicha empresa no había prestado ningún tipo de servicio a la municipalidad de..., agregó que en ningún momento cobró, recibió o endosó algún cheque de ese órgano edil por concepto de pago por servicios prestados y la declaración testimonial del señor Flavio Antonio..., quien manifestó que rechazaba cualquier relación contractual con la municipalidad de..., porque no había tenido ninguna relación comercial con ellos. Además que en ningún momento cobró ni endosó algún cheque proveniente de esa entidad edilicia. Con los anteriores elementos probatorios queda acreditada la complicidad del acusado SAUL zzzzz, al permitir con sus acciones, la sustracción ilícita de los fondos municipales, pretendiendo legalizar dicha sustracción con la incorporación de facturas falsas a la contabilidad de la municipalidad y se afirma que son falsas porque los titulares de las entidades mercantiles ya mencionadas pusieron a la vista las verdaderas, las cuales en algunos casos, aún no habían sido utilizadas por ellos. También se acreditó que mediante formularios de reintegro de dinero, contenidos en formas Siete "B" de ingresos varios, recibió diversas cantidades de dinero, insertando en los mismos la leyenda que se trataba por trabajos no realizados, sin embargo anotaba el número de factura las cuales eran falsas, encuadrando su conducta en el tipo penal de Falsedad Ideológica. El suscrito Juez considera que con la prueba aportada por el Ministerio Público y la aceptación de hechos de los propios sindicados, se tiene prueba fehaciente de su responsabilidad penal, en los delitos que se les imputan y así debe declararse.

Comentario:

Y con este el último acusado de nombre Saúl se puede establecer que también era un empleado público, por lo que su acción ilícita encuadra en los delitos de peculado y Falsedad Ideológica.



V) DE LA CALIFICACIÓN LEGAL DEL DELITO: Las conductas individualizadas a cada uno de los imputados quedaron debidamente probadas como se anotó en los párrafos precedentes de esta sentencia, de tal cuenta que LOS ACUSADOS SELVIN xxxxx, BRAYAN yyyyy, SAUL zzzzz, MARIO nnnnn Y ESAU wwwww, son autores responsables, conforme a los Artículos 35 y 36 del Código Penal. De esa cuenta los delitos de PECULADO y USO DE DOCUMENTOS FALSIFICADOS son imputables para el sindicado Selvin xxxxx; de FALSEDAD IDEOLOGICA y PECULADO CONTINUADO en calidad de cómplice, para el imputado Brayan yyyyy; de PECULADO en calidad de cómplice y FALSEDAD IDEOLOGICA para el sindicado Saúl zzzzz; de ENCUBRIMIENTO PROPIO, para el imputado Mario nnnnn; y de PECULADO EN FORMA CONTINUADA para el sindicado ESAU wwwww. La calificación jurídica que la ley penal asigna a estos hechos son los delitos de PECULADO contenido en el Artículo 445 del Código Penal, Falsedad Ideológica contenido en el Artículo 322 del mismo cuerpo legal, Uso de Documentos Falsificados contenido en el Artículo 325 del mismo cuerpo normativo y ENCUBRIMIENTO PROPIO, previsto en el Artículo 474 del Código penal numerales 4, en razón de que los elementos y características del delito se manifestaron en cada una de las conductas descritas en la acusación. Los tipos penales ya mencionados contienen las siguientes características: **Elementos personales** integrado por el elemento personal, sujeto activo que puede ser cualquier persona humana y como elemento pasivo especial se encuentran los bienes jurídicos tutelados representados en este caso en el patrimonio del Estado de Guatemala en quien ha recaído la acción, al ser perjudicada la administración pública. Ahora bien el sujeto activo es la persona que conoce la perpetración del delito e interviene con acciones que desea llevar a cabo, de tal manera que al concluir las consigue un provecho personal. **Elemento Material:** Que puede ser localizado en las acciones de sustracción ilícita de fondos del estado, falsificación de documentos, insertar declaraciones falsas en documentos públicos y recibir, ocultar, suprimir, inutilizar, aprovechar, guardar, esconder, traficar o negociar, en cualquier forma, objetos, efectos, instrumentos, pruebas o rastros del delito. **Elemento Interno:** integrado por la conciencia y voluntad de materializar los elementos que positivizan los tipos penales, y el querer realizar esos actos descritos en la ley penal. Actos de ejecución, estos actos de



ejecución son la tentativa y la consumación. Ahora bien existe consumación cuando concurren todos los elementos de su tipificación. Hay tentativa, cuando con el fin de cometer un delito, se inician actos para la realización, comenzando su ejecución con actos exteriores pero por la intervención de actos ajenos no se consuma la intencionalidad. Las Conductas de los acusados que por el resultado, recae en ilícitos penales, se les debe hacer entonces reproche de culpabilidad por tales infracciones a la ley penal.

Comentario:

Como se puede establecer cuando el Juez da la calificación legal al delito cometido, es necesario resaltar que los empleados públicos que cometieron el delito de peculado, también incurrieron en otros delitos, por lo que en el presente caso hay un concurso ideal de delitos.

VI) DE LA PENA A IMPONER: Conforme el apartado precedente resultó probada la participación de los acusados SELVIN xxxxx, BRAYAN yyyyy, SAUL zzzzz, MARIO nnnnn y ESAU wwwww en los hechos descritos en la acusación, calificados por la ley sustantiva penal, como los delitos de PECULADO y USO DE DOCUMENTOS FALSIFICADOS para el sindicato Selvin xxxxx. De FALSEDAD IDEOLOGICA y PECULADO CONTINUADO en calidad de cómplice, esto porque facilitó los medios para que el acusado Selvin xxxxx consumara sus acciones ilícitas, estos últimos tipos penales son atribuidos al imputado Brayan yyyyy. De PECULADO en calidad de cómplice y FALSEDAD IDEOLOGICA para el sindicato Saúl zzzzz. De ENCUBRIMIENTO PROPIO para el imputado Mario nnnnn; y de PECULADO EN FORMA CONTINUADA para el sindicato ESAU wwwww, por tanto se demostró la anti juridicidad en la conducta de los encausados, así las cosas se le debe hacer reproche de culpabilidad y de conformidad con los Artículos 62 y 63 del Código Penal se les puede sancionar con la pena, que los Artículos 322,325,445 y 474 del Código Penal estipula, de tres a diez años de prisión y multa de quinientos a cinco mil quetzales, para el delito de peculado, de dos a seis años de prisión para el delito de uso de documentos



falsificados; de dos a seis años para el delito de falsedad ideológica; y dos meses a tres años de prisión para el delito de encubrimiento propio. Aunado a ello la pena solicitada por el Ministerio Público se encuentra dentro de los márgenes que señala la ley y específicamente el procedimiento abreviado, en virtud que solicita la pena de tres años de prisión por el delito de peculado y dos años de prisión por el delito de uso de documentos falsificados para el sindicado Selvin xxxxx; para el procesado Brayan yyyyy, solicitó la pena de tres años de prisión por el delito de peculado en forma continuada en calidad de cómplice; y por el delito de falsedad ideológica la pena de dos años de prisión; para el imputado Saúl zzzzz, por el delito de peculado en calidad de cómplice solicitó la pena de dos años de prisión y por el delito de falsedad ideológica dos años de prisión; en relación al señor Mario nnnnn, por el delito de encubrimiento propio solicitó la pena de dos años de prisión; y por último para el sindicado Esaú wwwww por el delito de peculado en forma continuada solicito la pena de cuatro años de prisión.

Comentario:

Como se puede establecer en el apartado **De la pena a imponer**, de esta sentencia, el Juzgador hace referencia de la multa que es de quinientos a cinco mil quetzales, y omite mencionar lo que establece el Decreto 2-96 del Congreso de la República de Guatemala, el cual establece que todas las penas de multa establecidas en el Código Penal, se incrementaran en su mínimo y en su máximo, cinco veces su valor, así como también lo resaltado con negrilla del párrafo anterior el cual se refiere a la pena solicitada por el Ministerio Público, lo cual se considera que por el daño social que los acusados, este ente acusador debió solicitar la pena máxima en los delitos causados.

VII) DE LAS COSTAS PROCESALES: El Ministerio Público en su petición de imposición de penas a imponer, no hizo mención al respecto, por lo que el juzgador considera exonerar a los acusados del pago de los gastos provocados en el juicio.

Comentario: Cabe entonces mencionar que el Ministerio Público no solicito que a los



acusados se les condenaran en costas procesales, por lo que se considera que como ente acusador, y por el bienestar del bien común, debió solicitar que se condenaran en costas procesales, toda vez que el daño causado es grave por dañar a la sociedad, porque el acto ilícito fue sustraer dinero perteneciente al Estado o mejor dicho perteneciente al pueblo.

VIII) DE LAS RESPONSABILIDADES CIVILES: De conformidad con el Artículo 466 del Código Procesal Penal, en el procedimiento abreviado no será discutida la acción civil, además que el actor civil representado en esta ocasión por la Procuraduría General de la Nación, por medio del abogado que lo represento, manifestó claramente que ese derecho lo ejercerán ante el órgano civil correspondiente.

IX) DEL BENEFICIO A OTORGAR: Del análisis al apartado de la pena a imponer, y verificados los supuestos establecidos en el Artículo 72 del Código Penal, se desprende que de conformidad con las constancias de antecedentes penales, se establece que SELVIN xxxxx, BRAYAN yyyyy, SAUL zzzzz, MARIO nnnnn, no son delincuentes habituales ni se probó que con anterioridad al hecho probado, hubieran presentado mala conducta en la sociedad, por lo tanto ante la inexistencia de un riesgo social de peligrosidad, se les otorga el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena para cada uno de los sindicados las cuales se harán saber en la parte resolutive del presente fallo.

LEYES APLICABLES: Artículos: 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 12, 14, 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 3, 5, 8, 11 Bis, 15, 16, 20, 37, 39, 47, 70, 71, 72, 75, 92, 100, 101, 107, 108, 109, 116, 124, 129, 160, 161, 162, 163, 164, 388, 389, 392, 405, 466 del Código Procesal Penal; 35, 36, 72, 322, 325, 445, 474 del Código Penal, 141, 142, 143 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: El suscrito juez con fundamento en lo antes considerado, cita de leyes aplicables y constancias procesales al resolver **DECLARA:** I) **CONDENA** a: SELVIN xx,



como autor responsable de los delitos de: a) PECULADO, por cuya infracción a la ley penal se le impone la pena de TRES AÑOS DE PRISION CONMUTABLES a razón de cinco quetzales diarios; b) de USO DE DOCUMENTOS FALSIFICADOS, por cuya infracción a la ley penal, se le impone la pena de DOS AÑOS DE PRISION CONMUTABLES a razón de cinco quetzales diarios; II) a BRAYAN yyyyy, como autor responsable de los delitos de: FALSEDAD IDEOLÓGICA, por cuya infracción a la ley penal, se le impone la pena de DOS AÑOS DE PRISION CONMUTABLES, a razón de cinco quetzales diarios; por el delito de PECULADO continuado en calidad de cómplice, se le IMPONE la pena de TRES AÑOS DE PRISION CONMUTABLES a razón de cinco quetzales diarios; III) SAUL zzzzz, como autor responsable del delito de PECULADO en calidad de cómplice, por cuya infracción a la ley penal se le IMPONE la pena de DOS AÑOS DE PRISION CONMUTABLES a razón de cinco quetzales diarios y por el delito de FALSEDAD IDEOLÓGICA se le IMPONE la pena de DOS AÑOS DE PRISION CONMUTABLES a razón de cinco quetzales diarios; IV) a MARIO nnnnn, como autor responsable del delito de ENCUBRIMIENTO PROPIO, por cuya infracción a la ley penal se le IMPONE la pena de DOS AÑOS DE PRISION CONMUTABLES a razón de cinco quetzales diarios; V) a ESAU wwwww, como autor responsable del delito de PECULADO en forma continuada, por cuya infracción a la Ley penal, se le IMPONE la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION CONMUTABLES a razón de cinco quetzales diarios; Las anteriores penas en caso de insolvencia deberán cumplirlas en el centro de detención, que designe el juez de ejecución penal correspondiente, con abono de la prisión efectivamente padecida; VI) se otorga a los condenados el BENEFICIO DE LA SUSPENSION CONDICIONAL DE LA EJECUCION DE LA PENA, por los siguientes plazos: SELVIN xxxxx, por el plazo de TRES AÑOS ÚNICAMENTE por EL DELITO DE USO DE DOCUMENTOS FALSIFICADOS; b) BRAYAN yyyyy, por el PLAZO DE DOS AÑOS únicamente por el delito de FALSEDAD IDEOLOGICA; c) SAUL zzzzz, por el PLAZO DE DOS AÑOS únicamente por el delito de FALSEDAD IDEOLOGICA; d) MARIO nnnnn, por el PLAZO DE DOS AÑOS por el delito de ENCUBRIMIENTO PROPIO; VII) Se ordena que los condenados continúen en la misma situación jurídica en que se encuentran, hasta que quede firme el presente fallo; VIII) Oportunamente remítase el expediente al Juez de Ejecución que deba conocer del caso; IX) Notifíquese



hágase saber el derecho y plazo para apelar.

Comentario:

De la sentencia estudiada, se puede observar la forma en que el Juez a cargo del presente caso, estableció las penas a los sindicatos, como también los beneficios que les fue aplicado a cada uno de los sindicatos, es necesario mencionar que se pudo establecer que para que el delito de peculado, sea un hecho ilícito consumado, en el presente caso fue necesario cometer otros delitos, para la sustracción del dinero de la Municipalidad en mención, por lo que en el presente caso se dio el Concurso ideal.



CAPÍTULO IV

4. Soluciones al delito de peculado en Guatemala.

4.1. Sanciones.

Previo a ver el tipo de sanción que se aplica al delito de peculado en Guatemala, es necesario definir a la **sanción** como la consecuencia jurídica que el cumplimiento de un deber produce en relación con el obligado. Como toda consecuencia de derecho, la sanción se encuentra condicionada por la realización de un supuesto.

En el presente estudio se puede decir que son consecuencias de las acciones u omisiones que los funcionarios o empleados públicos se les impute en relación con su actuación como encargados de la administración, custodia de dineros o efectos públicos.

Como antecedente en la antigua época romana el delito de peculado fue sancionado con la pena capital o sea la muerte; pero a ésta le precedían varias penas que aumentaban el sufrimiento de la víctima, se le privaba del agua, del fuego, de su empleo, de su honra.

Más tarde la sanción, fue el destierro para los funcionarios de alto rango, el trabajo en las minas para los empleados inferiores; a esto se sumaba la confiscación de sus bienes, la privación de sus derechos de ciudadanía, la obligación de restituir el duplo o el tercio de lo sustraído.

En la legislación guatemalteca la sanción para el delito de peculado se establece en el Artículo 445 del Código Penal, "... será sancionado con prisión de tres a diez años y multa de quinientos a cinco mil quetzales." Así también el Artículo 446 del mismo cuerpo legal establece el peculado culposo, con sanción que dice: "será sancionado con multa de cien a un mil quetzales".



Es importante mencionar que en cuanto a la pena de multa el Decreto 2-96 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 6 “Todas las penas de multa establecidas en el Código Penal, se incrementa, en su mínimo y en su máximo, cinco veces su valor”.

Por lo que con la observación del presente Artículo, se puede colegir que para el delito de peculado establecido en el Artículo 445 del cuerpo legal mencionado, en cuanto a la sanción de multa será en su mínimo de **“dos mil quinientos quetzales”** y en su máximo de **“veinticinco mil quetzales”**, así como también en el Artículo 446 del mismo cuerpo legal, la sanción de multa será en su mínimo de **“quinientos quetzales”** y en su máximo de **“cinco mil quetzales”**.

De lo estudiado respecto a la sanción es necesario preguntarnos ¿Es proporcional la pena tanto de prisión como la pena de multa? Porque en el caso estudiado en el CAPÍTULO ANTERIOR (CAPÍTULO III), pudimos establecer que los sindicatos se apropiaron de una cantidad de Q. 288,107.00, dinero que estaba bajo su administración, por lo que una apropiación del funcionario o empleado público del dinero que tiene en su poder, por razón de su cargo, sobre todo como en el caso estudiado anteriormente, produce un daño social, porque afecta a los recursos que la comunidad, que a través del Estado, había destinado para su desarrollo y para el cumplimiento de fines comunes, sobre todo el dinero que es el producto del pago de impuestos y de un esfuerzo colectivo.

4.2. Reforma al Artículo 445 del Código Penal.

Es necesario mencionar que el objetivo de una sanción es que el responsable penalmente subsane el daño causado por la comisión del delito, mediante la privación de libertad o el pago de una cantidad de dinero que este en proporción con el ilícito cometido o conforme a su capacidad de pago.

Por lo que ante tales eventos en el presente estudio, se encontró que la sanción



impuesta a este tipo de delito, existen causas de la vulneración del principio de proporcionalidad en el delito de peculado.

La inestabilidad jurídica derivada no del sistema procesal penal sino que de los propios juzgadores, toda vez que los jueces tienen su propio criterio en cual influyen causas diversas, que permiten que el juzgador resuelva favorable o desfavorablemente un caso, atendiendo intereses particulares. Lo cual no se puede negar ya que es una realidad que se comenta a grandes voces en nuestro medio.

Una de las causas que influyen en la vulneración de la proporcionalidad de la pena es la falta de interpretación correcta tanto legal como doctrinariamente el sistema punitivo, ya que el juzgador se mecaniza solo a imponer un mínimo o bien el máximo sin entrar a individualizar la pena, lo cual se considera un error al establecer una pena tasada.

Otra causa es la autosuficiencia ya que los juzgadores no entran a analizar en forma objetiva algunos elementos y en forma subjetiva otros elementos necesarios para calificar y determinar la pena en cada caso, lo cual debe ser distinto en cada caso. Siendo que se han visto fallos que carecen de razonamientos considerativos de las circunstancias que están obligados a considerar por lo que resultan graves injusticias y arbitrariedades.

La vulneración al principio de proporcionalidad que se observa en el Artículo 445 y 446 del Código Penal, teniendo bien establecidos los aspectos doctrinarios y jurídicos en relación a la determinación de la pena; en nuestra legislación penal se viola el principio de proporcionalidad de la pena en los siguientes Artículos, por las razones siguientes: El primero que vulnera el principio de proporcionalidad de la pena es el Artículo 445 que tipifica el delito de peculado, por lo que resulta necesario mencionar los elementos del delito son: 1) El sujeto activo que es el funcionario o empleado público; 2) La conducta tipificada como ilícita es: sustraer o consentir que otro sustraiga dinero o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones o bien el que utilizare en provecho propio, trabajo o servicios pagados con fondos públicos; 3) El sujeto pasivo es



la administración pública y los administrados; 4) El bien jurídicamente tutelado son los recursos económicos de la administración pública.5) La sanción que estipula la norma es prisión de tres a diez años y multa de quinientos a cinco mil quetzales, aumentada tanto en su mínimo como en su máximo cinco veces su valor.

El principio de proporcionalidad es vulnerado al momento de establecer penas de prisión y de multa tan desproporcionadas con el fin del delito cometido, ya que resulta desproporcional que se le sancione al funcionario o empleado público con una pena de prisión y multa tan por debajo de lo sustraído, resultando ilógico determinar una multa con mínimo de dos mil quinientos a veinticinco mil quetzales, cuando el valor de lo sustraído haciende a millones.

Así también la pena de prisión y de multa regulada en el Artículo 446 peculado culposo, estableciendo que al funcionario o empleado público que, por negligencia o falta de celo, diere ocasión a que se realizare, por otra persona, la sustracción de dinero o efectos públicos de que trata el Artículo precedente. **Será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.**

Como se menciona anteriormente, estas normas no solo vulneran el principio de proporcionalidad de la pena sino que también quebranta principios fundamentales de la ley penal como la prevención del delito. Razón por la cual surge la pregunta: ¿Cómo prevenir el delito de peculado con una pena de prisión y de multa tan por debajo de la realidad? Ya que el valor de lo sustraído por los funcionarios o empleados públicos haciende miles o a millones de quetzales, por lo que resulta ser una burla a nuestra ley penal que contemple una pena tan baja en relación al daño causado y la capacidad económica que tienen muchos funcionarios públicos.

Por lo que se considera que los dos Artículos mencionados deberían ser reformados y proporcionar penas de acuerdo con el daño causado, de la siguiente forma:

PECULADO

ARTÍCULO 445. El funcionario o empleado público que sustrajere o consintiere que otro



sustraiga dinero o efectos públicos que tenga a su cargo, por razón de sus funciones, será sancionado con prisión incommutable de seis a veinte años, más una multa igual al valor del dinero o efectos públicos sustraídos, objeto del delito; el comiso, pérdida o destrucción de los objetos provenientes de la comisión del delito o de los instrumentos utilizados para su comisión; el pago de costas y gastos procesales; y la publicación de la sentencia en, por lo menos, dos de los medios de comunicación social escritos de mayor circulación en el país.

Igual sanción se aplicará al funcionario o empleado público que utilizare, en provecho propio, trabajo o servicios pagados con fondos públicos.

PECULADO CULPOSO

ARTÍCULO 446. El funcionario o empleado público que, por negligencia o falta de celo, diere ocasión a que se realizare, por otra persona, la sustracción de dinero o efectos públicos de que trata el Artículo precedente, será sancionado con prisión incommutable de tres a diez años, más una multa igual al valor del dinero o efectos públicos sustraídos, objeto del delito; el comiso, pérdida o destrucción de los objetos provenientes de la comisión del delito o de los instrumentos utilizados para su comisión; el pago de costas y gastos procesales; y la publicación de la sentencia en, por lo menos, dos de los medios de comunicación social escritos de mayor circulación en el país.

4.3. Creación de una ley específica.

Ante los hechos ilícitos cometidos por algunos funcionarios o empleados públicos es necesaria la creación de una ley específica, para regir las actuaciones de los mismos, en el desempeño de sus funciones.

4.4. Incluir dentro de la jurisdicción de la ley de extinción de dominio el delito de peculado.

El Decreto 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Extinción de



Dominio, en su Artículo 2 establece en cuanto a que dará lugar a la aplicación de la Ley de Extinción de Dominio los ilícitos que allí menciona, específicamente el inciso a.5 indica del delito de peculado. Así mismo también en el Artículo 4 de la mencionada Ley, en la literal b) establece “cuando exista incremento patrimonial de toda persona individual o jurídica relacionada directa o indirectamente con una persona investigada o sometida a una acción de extinción de dominio en virtud de las actividades ilícita o delictivas previstas en la presente Ley...” es una casual de procedencia de la extinción de dominio.

Lo mencionado anteriormente es para comprobar la efectividad de la Ley de Extinción de Dominio, a la fecha a ningún funcionario y empleado público ha sido juzgado por esta ley, por lo que los daños al Estado siguen siendo cada vez más graves, porque se gasta mucho dinero en los procesos y no hay un resultado positivo.

4.5. No conceder ninguna medida sustitutiva a los funcionarios o empleados que cometan el delito de peculado.

Es una forma de aplicar una medida alternativa a la prisión preventiva, para que los imputados de ilícitos penales no estén en prisión antes de que se les dicte sentencia condenatoria o absolutoria en proceso penal instruido en su contra.

Las medidas sustitutivas o medidas alternativas, son medios jurídicos procesales, de los que dispone al órgano jurisdiccional para aplicar el principio de excepcionalidad en el proceso penal limitando todo tipo de medida coercitiva que restrinja la libertad del sindicado, haciendo patente los derechos y garantías constitucionales del imputado.

Las medidas sustitutivas son alternativas que ofrece el Código Procesal Penal a la prisión preventiva, en aquellos casos en los que los fines de la misma pueden lograrse por otras vías menos gravosas para el sindicado, por lo que es una forma de aplicar una medida alternativa a la prisión preventiva, para que los imputados de ilícitos penales no estén en prisión antes de que se les dicten sentencia condenatoria o



absolutoria instruido en su contra.

Las medidas sustitutivas se deriva de la ley fundamental, porque toda restricción del derecho a la libertad que sufran los imputados dentro del proceso penal, debe fundarse en medios de convicción suficientes para limitarla, porque de lo contrario, existe abuso de poder restricción de la libertad en forma ilegal cuando procediere otorgarla conforme a las normas no restrictivas de la misma. Y esto daría lugar a que se plantearan recursos de Inconstitucionalidad en contra de las resoluciones y leyes que limiten su otorgamiento.

El actual Código Procesal Penal las regula como medidas sustitutivas en su Artículo 264, establece: Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser razonable evitando por aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el juez o tribunal competente, de oficio, podrá imponerle alguna o varias de las medidas siguientes:

- a) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
- b) La Obligación de someterse a cuidado o vigilancia de una persona o de institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.
- c) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe.
- d) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
- e) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- g) La prestación de una caución adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.

El tribunal ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su



cumplimiento. En ningún caso se utilizará estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrá medidas cuyo cumplimiento fuere imposible. En especial, evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de los medios del imputado impidan la prestación.

En casos especiales, se pondrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado del procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para averiguación de la verdad.

No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra reincidente o delincuentes habituales, o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado.

También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el capítulo VII del Decreto número 48-92 del Congreso de la República. Ley contra la Narcoactividad.

Las medidas sustitutivas acordadas deberán guardar relación con la gravedad del delito imputado. En caso de los delitos contra el patrimonio, la aplicación del inciso séptimo de este Artículo deberá guardar una relación proporcional con el daño causado.

En procesos instruidos por los delitos de defraudación tributaria, defraudación aduanera y contrabando aduanero, no podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas a las que se refiere este Artículo, excepto la de prestación de caución económica.

Así también debería reformarse el Artículo 464 del Código Procesal Penal, en el párrafo donde indica que delitos no puede gozar de esta medida, incluir el delito de peculado.



CONCLUSIONES

1. El delito de peculado es aquel ilícito que ataca a la esencia misma del Estado, apropiándose de los fondos dedicados a la protección del individuo, de toda la sociedad, sustraer los dineros públicos implica atentar contra la salud, la educación, el desarrollo de todos los valores que sustentan la dignidad del hombre, cometido por un funcionario o empleado público, y que el Estado no tiene los métodos apropiados para monitorear a dichos funcionarios y empleados.
2. La pena de prisión y de multa regulada en el Artículos 445 y 446 del Código Penal, vulneran el principio de proporcionalidad, ya que no contempla en ningún momento lo que es la proporcionalidad en relación al delito, ni los alcances y los daños ocasionados.
3. El delito de peculado es un hecho ilícito que no es aislado, tiene que ir acompañado de otros delitos, para la sustracción del dinero o efectos públicos, tal como el uso de documentos falsificados, falsedad ideológica, encubrimiento propio, etc., y del cual el Estado no tiene control





RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Organismo Ejecutivo emita procesos adecuados acordes con el avance tecnológico que permita monitorear a funcionarios y empleados públicos que tengan a su cargo la guardia y custodia de recursos y bienes del Estado.
2. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala promueva una iniciativa de ley, para penalizar en forma más vigorosa la comisión de este tipo de delitos, generando un marco legal que sienta las bases definitivas para evitar que los actuales o futuros funcionarios y empleados de gobierno, utilicen los recursos del Estado en beneficio propio o de sus familiares, estableciendo una pena de prisión y de multa de acuerdo a los fondos sustraídos por el funcionario cualquiera que este sea.
3. Se recomienda al Organismo Ejecutivo la supervisión y fiscalización periódica de los bienes y recursos del Estado, para evitar que se continúen cometiendo el delito de peculado en nuestro país.





BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. **Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano**. Lima: Ed. Palestra, 2003.

ASÚA BATARRITA, Adela. **Delitos contra la administración pública**, IVAP, Bilbao, España: Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

AVACA, Diego; et. Al. **Código penal comentado y anotado**. Tomo II, Buenos Aires, Argentina: Ed. De palma, 2004.

BELLO, Andrés. **Código Civil comentado de Chile**. Santiago, Chile: Ed. Imprenta Nacional, 1856.

BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. Tomo III 6ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. La Ley, 1980.

BOQUERA OLIVER, José María. **Derecho administrativo**. Volumen I, 2ª. ed. Madrid, España: Ed. Instituto De Administración, 1977.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. ed. 2006, Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2006.

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo**. Tomo I y II, 3ª ed. Guatemala: Ed. Llerena, 1999.

CARRARA, Francisco. **Derecho penal**. Barcelona, España: Ed. urgel, (s.f.).

CASTILLO GONZALEZ, Francisco. **El delito de peculado**. San José, Costa Rica: Ed. Juritexto, 2000.

CREUS, Carlos. **Derecho penal, parte especial**, Tomo 2, 6ª ed. actualizada y ampliada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1997.

CUEVA CARRIÓN, Luís. **Peculado**. Tomo I Teoría, Práctica y jurisprudencia, 1ª ed.; Ecuador: Ed. Cueva Carrión, 2006.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial**. 11ª ed. Guatemala: Ed. Llerena, 2000.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal, et. al. **Manual de derecho penal guatemalteco, parte general**. Guatemala: Ed. Artemis Edinter, 2001.

DIEZ, Manuel María. **Derecho administrativo**. Volumen V; Buenos Aires, Argentina: Ed. Plus Ultra, 1975.

ESCOBAR CÁRDENAS, Fredy Enrique. **Compilaciones de derecho penal, parte especial**. Guatemala: Ed. Magma Terra, 2010.

FLORES UZCÁTEGUI, Gustavo y José García Falconi. **Manual de prácticas procesal en los juicios por peculado**, segunda ed. aumentada y actualizada; Quito, Ecuador: (s.e.), 1982.

FONTAN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal, parte especial**. 13ª ed; Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot, 1991.

GARCÍA, Aurelio. **Ciencia del Estado**. Tomo II, 4ª ed.; Quito, Ecuador: Ed. Casa de la cultura ecuatoriana, 1979.

J. BUITRAGO, Ignacio y Fernando M. Dramis. **Elementos de derecho administrativo**. Santiago, Chile: Ed. Oxford University Press, 1999.



JARAMILLO, Herman. **Manual de derecho administrativo**. Ecuador: Facultad de Jurisprudencia, UNL, 1999.

MONZÓN PAZ, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco**. 1ª ed.; Guatemala: Ed. Gardisa, 1980.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**, 1ª ed. electrónica, Buenos Aires, Argentina: (s.e), (s.f.).

PACHECO OSORIO, Pedro. **Derecho penal especial**. 3ª ed. Actualizada; Bogotá, Colombia: Ed. Temis LTDA, 1976.

PAREDES ESCOBAR, Cesar Bayardo. **El delito de peculado en el Ecuador**. Quito, Ecuador: Programa de Maestría en Derecho Procesal, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.

SALAS CAMPOS, Raúl González. **La teoría del bien jurídico en el derecho penal**, 1ª ed.; México: Ed. Pérez nieto, 1995.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Tomo V. Buenos Aires, Argentina: Ed. Tipográfica Argentina, 1951.

TORRES MOSS, José Clodoveo. **Introducción al estudio del derecho. tomo II**, Guatemala: (s.e.), 1999.

LEGISLACIÓN:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1985.



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

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

Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 67-2001, 2001.

Ley Contra la Delincuencia Organizada. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 21-2006, 2006.

Ley de Extinción de Dominio. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 55-2010, 2010.

Ley de Probidad y responsabilidades de funcionarios y empleados públicos. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 89-2002, 2002.

Ley de Servicio Civil. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-48, 1948.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, 1989.

Reglamento de la Ley de Servicio Civil. Presidente de la República, Acuerdo Gubernativo número 18-98, 1998.