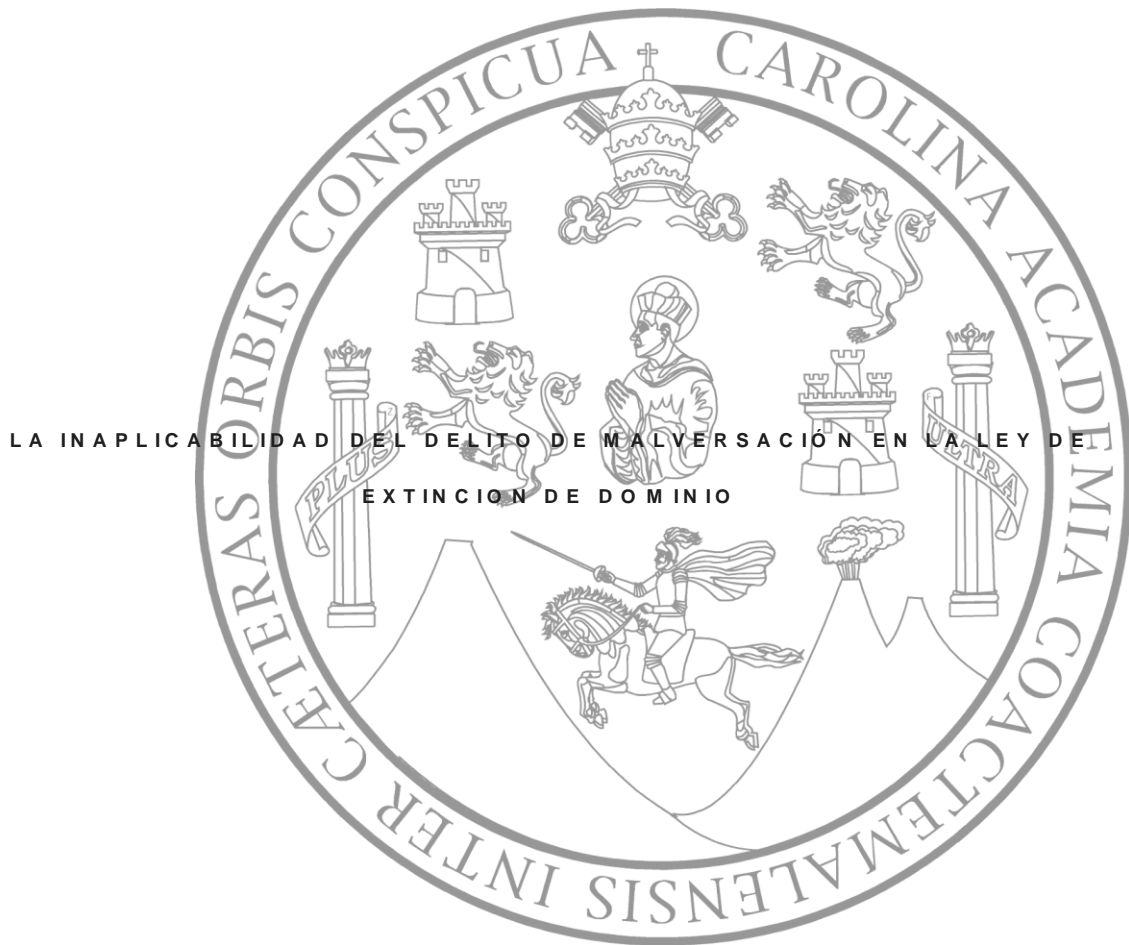


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL



MAESTRANTE  
MILVIA YOLANDA MONROY ESPAÑA

GUATEMALA, JULIO DE 2020

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

LA INAPLICABILIDAD DEL DELITO DE MALVERSACIÓN EN LA LEY DE  
EXTINCIÓN DE DOMINIO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

**MILVIA YOLANDA MONROY ESPAÑA**

Previo a conferírsele el grado académico de

**MAESTRO EN DERECHO PENAL**

Guatemala, julio de 2020

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

DECANO : Mtro. Gustavo Bonilla  
VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez  
VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras  
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía  
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velázquez González  
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia  
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ**  
**EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dra. Zonia De La Paz Santizo Corleto  
VOCAL: Dr. Carlos Guillermo Guerra Jordán  
SECRETARIO: Dra. Blanca Odilia Alfaro Guerra

**RAZÓN:** "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". ( Artículo 5 Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Escuela de Estudios de Posgrados de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

## **DEDICATORIA**

### **A DIOS**

Agradecida con el Todopoderoso, por ser mi protector en esta vida de batallas, por darme todo lo necesario y seguir siendo la luz en mi camino.

### **A MIS PADRES**

Yolanda España y Efraín Monroy por sus sabios consejos y por siempre motivarme y apoyarme en seguir mis estudios; gracias por el apoyo incondicional.

### **A MI ESPOSO**

Rodolfo Leonidas Bardales de Paz por apoyarme siempre.

### **A MIS HIJOS**

Josué y Camila por ser el motor de mi vida y ser el regalo maravilloso que Dios me dio.

### **A MIS HERMANOS**

Walfer, Selvin, Osman, Fabio y Marilyn por nuestras aventuras y logros que siempre hemos compartido y por su cariño incondicional.

### **A MIS SOBRINOS**

Por enseñarme la paciencia y la inocencia de ser niños, con especial cariño.

## **A MIS ABUELOS**

Margarito Monroy, Juana Alfaro, Elvira España Flores sobre sus tumbas, en especial a Fabio España por su gran ejemplo y por siempre haberme motivado a ser mejor persona cada día. Siempre los llevaré en mi corazón por sus enseñanzas.

## **A MIS CUÑADAS Y CUÑADOS**

Con especial cariño.

## **A LA TRICENTENARIA Y GLORIOSA**

Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme abierto sus puertas y haber forjado y templado mi carácter en mi arduo caminar hacia la meta más preciada: el conocimiento, que será la base de mi profesión y continuar expandiendo conocimientos de dicha casa de estudios.

## **A IPALA**

Pueblo que me vio nacer y que me enseñó el valor de la vida.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	(I)
--------------	-----

### CAPÍTULO I

#### EL DELITO DE MALVERSACIÓN

1.1. Antecedentes	1
1.2. Definición de delito de malversación	4
1.3. Teoría del delito	6
1.3.1. Función de la teoría del delito	8
1.3.2. Elementos del delito	9
1.4. Elementos constitutivos u objetivos del delito de malversación	10
1.5. Diversas denominaciones	12
1.5.1. Naturaleza jurídica de la malversación	13
1.5.2. Sujeto activo y pasivo del delito de malversación	14
1.6. El bien jurídico protegido	15
1.7. Concepción dualista del bien jurídico protegido en la norma penal	16
1.8. Los caudales y efectos públicos	27
1.9. Circunstancias agravantes del delito	29

## CAPÍTULO II

### LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, LOS FUNCIONARIOS PÚBLICO

2.1. Definición de la Administración Pública	33
2.2. Elementos de fondo	34
2.2.1. Órgano competente	34
2.3. Elementos de forma	36
2.4. Definición del servicio público	38
2.4.1. Fin del servicio público	38
2.4.2. Objeto del servicio público	39
2.5. La función administrativa	39
2.5.1. Clasificación de la función pública	41
2.6. El funcionario público	44
2.7. Requisitos legales de los funcionarios públicos	48
2.8. Control de la Administración Pública	52
2.8.1. Publicidad	52
2.9. La responsabilidad de los funcionarios públicos	53
2.9.1. Clases de responsabilidad	56
2.10. El antejuicio	59

## CAPITULO III

### DEL DOMINIO Y PROPIEDAD DE LOS BIENES

3.1. Definición de propiedad	65
3.2. Características de la propiedad	65
3.3. Facultades de la propiedad	66
3.4. Limitaciones de la propiedad	67
3.5. Formas de adquirir la propiedad de los bienes	67
3.6. Clasificación de los modos de adquirir	71
3.7. Definición de bienes	75
3.8. Naturaleza jurídica del bien	76
3.9. Clasificación de los bienes	78
3.10. Afectación y desafectación de los bienes del Estado	81
3.11. Formas de adquirir los bienes del Estado	82
3.12. La propiedad	83
3.13. Naturaleza jurídica de la propiedad	84
3.14. Modos de extinción de la propiedad	85



## CAPÍTULO IV

### LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

4.1 Antecedentes	89
4.1. a. Objeto de la ley en Colombia	90
4.1. b. Objeto de la ley en México	91
4.1. c. Objeto de la ley en Guatemala	93
4.2. Objeto de la extinción de dominio	96
4.3. Naturaleza jurídica	97
4.4. Finalidad de la extinción de dominio	98
4.5. Concepto de la extinción de dominio	99
4.6. Características de la extinción de dominio	99
4.7. Autonomía de la extinción de dominio	100
4.8. Delitos en los que procede la extinción de dominio	101
4.9. Causales para ejercer la acción de extinción de dominio	103
4.10. Ente encargado para ejercer la acción de extinción de dominio	107
4.11. Procedimiento de la extinción de dominio	108

## CAPÍTULO V

### LA INAPLICABILIDAD DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN

5.1. Origen de la Ley de Extinción de Dominio	119
5.2. Objeto de la Ley de Extinción de Dominio	121
5.3. Elementos materiales de aplicación de la Ley de Extinción de Dominio	123
5.4. Elementos personales de la aplicación de la Ley de Extinción de Dominio	127
5.5. Elementos del delito de malversación a considerar por la inaplicabilidad de la Ley de Extinción de Dominio	131
5.5.1. La infracción de los deberes públicos como elemento constitutivo del delito de malversación	136
5.5.2. La especial relación entre el sujeto activo y el objeto material en el delito de malversación	138
5.5.2.1. La tenencia a cargo de los caudales o efectos	138
5.5.3. El <i>animus</i> como elemento clave en el delito de malversación	140
5.6. Garantías de la persona imputada y de la Ley de Extinción de Dominio	142
5.7. Principios penales vulnerados en ejercicio de la acción de extinción de dominio por el delito de malversación	142

5.8. Datos reales que demuestran la inaplicabilidad del delito de malversación en la Ley de Extinción de Dominio	144
CONCLUSIONES	147
BIBLIOGRAFÍA	149
ANEXOS	155

## INTRODUCCIÓN

En el trabajo de investigación resaltará el tema principal relativo a **“La inaplicabilidad de la Ley de Extinción de Dominio al delito de malversación”**, ley que está siendo aplicada en el Estado de Guatemala por la ratificación de convenios y tratados internacionales.

Es necesario conocer más a fondo el delito de malversación dentro de la legislación guatemalteca, esto principalmente en comparación con la legislación colombiana y mexicana, puesto que la Ley de Extinción de Dominio se aprobó dentro de la legislación guatemalteca a raíz de los tratados y convenciones ratificados por Guatemala, con la finalidad de evitar el saqueo de los activos Estado a través del apoderamiento ilícito de los fondos públicos por parte de los funcionarios en ejercicio de sus funciones. En este sentido, es importante aclarar que dentro de las legislaciones extranjeras el delito de malversación se utiliza como sinónimo del delito de peculado, es decir, que representa un mismo tipo penal, cosa que no ocurre en la legislación guatemalteca. En nuestro país, el delito de malversación únicamente consiste en que el funcionario público le dé un uso diferente del que estaba destinado; mientras que el delito de peculado lo clasifica en varios tipos y, principalmente, el que es objeto de la Ley de Extinción de Dominio es el peculado por sustracción, pues en este tipo penal el funcionario se apropia de bienes públicos de forma ilícita, es decir, que los caudales públicos terminan siendo patrimonio del funcionario.

Dentro del primer capítulo se hace referencia a la evolución histórica del castigo o sanción que se le impone al delito de malversación desde el Código de Hammurabi y el Código de Manú, puesto que se hacía referencias a las sustracciones de bienes al monarca, sancionando al responsable con la pena de muerte. Se establece, además, que con el avance de las concepciones filosóficas, sociológicas, antropológicas, económicas y políticas surge también una nueva concepción del derecho penal gracias al aporte del marqués de Beccaria, Bentham, Romagnosi, Feuerbach y sobre todo con los clásicos: Rossi, Carmignani y Francesco Carrara. Es así como se realiza una reseña del nacimiento del delito de malversación y la teoría del delito para lograr definir al delito de malversación.

En el segundo capítulo, con el estudio sobre la función administrativa y los funcionarios públicos, se define a la Administración Pública que es la que se origina según Hugo Calderón en la actividad del Estado, ya que esta consiste en ejecutar tareas y ejercer las facultades que le corresponden jurídica, técnica y materialmente, las cuales lleva cabo por medio de sus órganos administrativos que integran a la Administración Pública. Así también se establece a quién considera la legislación guatemalteca como funcionario público, basados incluso en los convenios aceptados y ratificados por Guatemala como lo es la Convención Interamericana contra la Corrupción en su artículo 1 y la Convención de Las Naciones Unidas Contra la Corrupción en su artículo 2.

También se plasman las definiciones de lo que son los bienes, en virtud de que es de vital importancia establecer claramente qué son bienes según la legislación guatemalteca, puesto que en la Ley de Extinción de Dominio el objeto

principal es evitar la proliferación de actos ilícitos como medio de lograr el dinero fácil con el objeto de resguardar la seguridad sostenible de la sociedad, se establece que la naturaleza de dicha ley es jurisdiccional, patrimonial, de carácter real, independiente de cualquier otro proceso y es un procedimiento autónomo. En Guatemala, esta tiene como finalidad esencial normar el procedimiento para extinguir el derecho de dominio a toda persona tanto individual como jurídica, sobre bienes inmuebles y muebles que hayan obtenido o que se deriven de actividades ilícitas todo ello para favorecer al Estado de Guatemala.

Por último, se centra la investigación en establecer si procede o no la inaplicabilidad de la Ley de Extinción de Dominio al delito de malversación en vista que al analizar el primer capítulo, que determina la Ley de Extinción de Dominio en su artículo 1 establece: Que el objeto principal de la misma es la expropiación de bienes, así como de las ganancias, frutos, productos, rendimientos o permutas de origen o procedencia ilícita o delictiva, a favor del Estado. En ese orden de ideas, al considerar el delito de malversación regulado en el artículo 447 del Código Penal y su análisis, se comprueba que la figura penal consiste en darle una aplicación o uso diferente a los caudales, efectos o bienes del Estado, por lo que se cae en una contradicción de la Ley de Extinción de Dominio, al aplicarla en el delito de malversación pugna con su objeto. La contradicción de ambas normas citadas consiste en que el funcionario público ha dado una aplicación o uso diferente a los caudales, efectos o bienes que administre; pero estos bienes siguen siendo del Estado, el funcionario público solo los administra en forma distinta a la que estaban destinados.

La contradicción o antinomia se deriva de la interpretación literal o textual de ambas normas, porque de acuerdo al artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial así se interpreta la ley, considerándose importante el análisis de ambas normas jurídicas con el objeto de comprobar la inaplicabilidad de la Ley de Extinción de Dominio en el delito de malversación.

En Guatemala, la sanción o pena regulada es de prisión y de multa para el delito de malversación y debe ser aumentada en una tercera parte si con ocasión al delito se ocasiona daño a un servicio público; también la norma citada establece que se aumentara la pena de dos terceras partes si los bienes, efectos o caudales públicos estuviesen destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. De lo anterior deducimos, que lo que se castiga es la arbitrariedad de las funciones asignadas, ya que por la misma se ocasionó daño en un servicio público o se dejó de dar asistencia social, sin embargo, en ningún momento salieron dichos activos del caudal del Estado.

## CAPITULO I

### EL DELITO DE MALVERSACIÓN

#### 1.1. Antecedentes

Al iniciar el presente trabajo científico sobre un tipo penal que atenta contra los intereses del Estado, hago alusión a lo que dice el maestro Francisco Olesa Muñido respecto a la malversación:

“La punición de la malversación se remonta a una época bastante remota; el Código de Hammurabi y el Código de Manú hacían referencia a las sustracciones de bienes pertenecientes al monarca, poniendo al agente con la pena de muerte; también en Atenas el hurto de dineros del Estado, realizado por los depositarios de la autoridad pública, era penado con la pena capital”<sup>1</sup>.

Así también ostenta que en el derecho romano la denominación de *peculatus* aparece con anterioridad a la introducción de la moneda y el delito consistía en el hurto de bienes públicos, Olesa Francisco explica que después, el *peculatus* pasa a ser entendido como toda la sustracción de metales o monedas pertenecientes al erario de la comunidad romana, que era la más común de las prácticas por parte de los funcionarios subalternos o de mayor rango jerárquico; Ya que en aquella lejana época,

---

<sup>1</sup> OLESA MUÑIDO, Francisco Felipe. **El delito de malversación por sustracción de caudales o efectos públicos en el Código Penal español**, Pág. 632.



el *peculatus* solo tenía en cuenta el patrimonio del pueblo romano, único que ostentaba la cualidad de sacro, porque del *crimen peculatus* había el *crimen sacrilegi* y el *crimen residuarum peciniarium*. Los dos primeros consistían en el hurto de dineros u otra cosa mueble de propiedad pública o sacra, y el de *residuis* era el peculado impropio, que consistía en el hecho del funcionario público, que siendo deudor de cuantía, no la restituía en la tomada de cuentas; aquellos bienes que pertenecían a los ciudadanos y municipios y que eran de carácter privado no estaban incluidos, lo que en el lenguaje actual equivale a limitar el delito a los bienes del Estado.

Olesa M. Francisco, revela que en la segunda etapa prepondera el abuso de oficio público o de la fe traicionada, porque el objeto del ilícito se extiende considerablemente, refiriéndose no solo al patrimonio del pueblo romano, sino al de cualquier Administración Pública, es decir, a los caudales públicos y al de la apropiación perpetrada por los funcionarios públicos, llegándose así a la malversación propiamente dicha. Además, considera Olesa M. Francisco que el delito de *peculatus* comprendía no solo el hurto sino también la apropiación indebida, alcanzando sobre todo la cuantía debida al fisco por los funcionarios encargados de la contabilidad (*pecuniae residuae*). Olesa M. Francisco explica que, incluso, se llegó a estimar como crimen de *peculatus*, todo el fraude realizado contra el erario, aunque no representara sustracción o desvío de dinero. Aunque en muchos estatutos la pena era más benigna, siendo aplicada aquella prevista a los ladrones, y relata que, en la Edad Media, las penas atroces fueron aplicadas al autor de crimen de *peculatus*, siendo común que la condenación

consistiese en el destierro. Solo a partir del movimiento humanista del siglo XVIII las penas para este crimen fueron bastante mitigadas”<sup>2</sup>.

El doctor Rodrigo Villegas D. relata que: “Destruído el Imperio romano, todos los países conquistados heredaron, entre otras cosas, sus instituciones jurídicas y fue así como España retuvo para sí el peculado como institución punitiva en ‘LAS PARTIDAS’, el que consistía en la malversación de los caudales del rey o de los municipios, infracción que era castigada con tanto rigor, que hubo ocasiones en las que se aplicó la pena capital, cuando el hurto alcanzó grandes proporciones. Parecidas disposiciones encontramos también en la Novísima Recopilación y en toda la legislación foral (tierra o heredad)”<sup>3</sup>.

Villegas relata que:

*“En el siglo pasado se reglamentó la penología del peculado, con un sentido más humano y por grande que fuere la cuantía de la sustracción, se penaba únicamente con la privación de la libertad y el resarcimiento económico al Estado, desapareciendo por completo la pena de muerte para esta clase de infracciones”<sup>4</sup>.*

Villegas explica que “al llegar España a la América, vienen también su lenguaje, su religión y su derecho, y es entonces cuando se conocen en este continente las normas

---

<sup>2</sup> O p. cit. Pág. 632.

<sup>3</sup> VILLEGAS D. Rodrigo, **El delito de peculado**. Pág. 39 y 40.

<sup>4</sup> *Ib ídem*.

del derecho romano, del derecho germano, en las que venía involucrado el *peculatus* o sea la inversión de caudales o efectos reales y en usos diversos de aquélla que estuvieron destinados; por lo que organizadas las nuevas repúblicas, siguen vigentes en su totalidad tanto las normas de derecho civil, como las regulaciones en el orden penal, hasta cuando asoma la ciencia penal en Europa, y junto con ella los grandes maestros y penalistas que sustituyen el antiguo régimen basado en el talión, para convertir a la penología en ciencia autónoma e independiente". Es necesario determinar manifiesta Villegas, que: "Con el avance de las concepciones filosóficas, sociológicas, antropológicas, económicas y políticas, surge también una nueva concepción del derecho penal gracias al aporte de investigadores y sistematizadores, como el marqués de Beccaria, Kant, Bentham. Romagnosi, Fierabach y Roeder, pero sobre todo, con los llamados clásicos: Rossi, Carmignani y Francisco Carrara, para luego ser ordenada científicamente por los positivistas Lombroso, Garófalo y Ferri, se elabora una moderna ordenación penal, basada en la realidad económica, social y política de los pueblos, de manera de tener en el delincuente, no al criminal nato del que románticamente nos hablara Lombroso, sino al desviado social o inadaptado que necesita de un tratamiento especial para reintegrarse al grupo"<sup>5</sup>.

## **1.2. Definición de delito**

El *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, define la malversación como de caudales públicos como "el delito que comete el funcionario público cuando da

---

<sup>5</sup>

VILLEGAS D. Rodrigo. **El delito de peculado**. Págs. 39 y 40.

a los caudales o efectos que administra aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados”<sup>6</sup>.

Asimismo, en la *Enciclopedia jurídica española* define que se tipifica en: “La acción y efecto de malversar, de invertir mal, contra su natural destino un caudal propio o ajeno. Cuando el caudal es propio, como su destino depende de la misma voluntad, el hecho carece de consecuencias jurídicas, a menos de que revista los caracteres de prodigalidad. Y se debe de considerar también cuando el caudal es ajeno constituye o bien el género de la defraudación cuando se trata de caudales de particulares o específicos de Malversación de caudales públicos”<sup>7</sup>.

**El artículo 447 del Código Penal define la figura del delito de malversación:**

“Comete delito de malversación, el funcionario o empleado público que diere a los caudales o efectos que administren, una aplicación o uso diferente de aquella a que estuvieren destinados. El responsable de este delito será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de veinte mil a cincuenta mil quetzales. Si como consecuencia de la comisión de este delito, se ocasionan daños o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en una tercera parte. Si los caudales, efectos o bienes estuviesen destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social, la pena se aumentará en dos terceras partes”<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, Pág. 445.

<sup>7</sup> MOUTON y OCAMPO. L. Alier y Cassi. **Enciclopedia jurídica española**. Tomo XXI. Pág. 545

<sup>8</sup> Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

### 1.3. Teoría del delito

Mir Puig expresa que "la teoría del delito reúne en un sistema, los elementos que, en base al derecho positivo, pueden considerarse comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos. La teoría del delito es obra de la doctrina jurídico-penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del derecho penal. Esta tiene como objetivo teórico más elevado la búsqueda de los *principios básicos* del derecho penal positivo y su articulación en un *sistema unitario*"<sup>9</sup>.

De lo expuesto por Mir Puig se determina que la conducta tipificada en la norma debe cumplir con los elementos positivos y objetivos que describen toda conducta ilícita, para que la misma cumpla con los principios básicos del derecho penal positivo.

Muñoz Conde expone que: "*La teoría general del delito estudia las características comunes que debe tener cualquier conducta (acción u omisión) para ser considerada delito, sea esta en el caso concreto una malversación de caudales públicos. En la que se debe de considerar que hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos penales unos de otros; cada uno de estos hechos presenta particularidades diferentes y tiene conminadas, en principio, penas de distinta gravedad y tienen características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general de delito*". Así también muestra que "*la verificación de estas características comunes corresponde a la teoría general del delito,*

---

<sup>9</sup> Mir Puig, Santiago. **Derecho penal**, Pág. 55.

*que es una de las materias de la parte general del derecho penal; mientras que el estudio de las concretas figuras delictivas, de las particularidades específicas de cada tipo penal, es materia de la parte especial"*<sup>10</sup>.

Por eso, Roxin considera que la dogmática de la teoría general del delito es desde siempre la parte nuclear de todas las exposiciones de la parte general, ya que uno de sus cometidos más difíciles que encuentra es la formación y evolución cada vez más fina de un sistema de derecho penal.

Klaus Roxin determina *"que analizando la teoría del delito, representa una parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en sentido genérico, descomponiendo el concepto de delito en un sistema de categorías jurídicas, facilitando así la aplicación de la ley penal.* Por ello, la doctrina ha separado sus elementos, categorías o ingredientes en:

Acción u omisión

tipicidad

antijuricidad y

culpabilidad.

Lo que se observa es que, indudablemente, el sistema actual de la teoría del delito está integrado prácticamente por las mismas categorías que en su origen en el

---

<sup>10</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, **Derecho penal parte especial**. Pág.199.

último cuarto del siglo XIX, ya que, la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son desde casi un siglo las categorías básicas del sistema”<sup>11</sup>.

De lo expuesto se considera que son los elementos básicos que forman todas las conductas ilícitas, y si faltare uno de ellos no se puede tipificar como delito, por lo que es necesario analizar cuidadosamente la conducta imputada al sindicado, para no vulnerar el principio de legalidad y evitar la aplicación por analogía.

### **1.3.1 Función de la teoría del delito**

Roxín prescribe que: *“La principal función dentro del análisis de los hechos de la teoría del delito, se refiere precisamente a la cuestión de la mediación entre la ley y los hechos que son objeto del juicio. La razón que explica esto es sencilla: aplicar la ley a un caso significa poner en relación un pensamiento abstracto la ley y un suceso real determinado”*<sup>12</sup>.

Bacigalupo, Enrique, establece que: *“La teoría del delito tiene por objeto proporcionar los instrumentos conceptuales que permitan establecer que un hecho realizado por el autor es precisamente el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de una pena, para alcanzar esta meta la teoría del delito procede mediante un método analítico, descompone el concepto de delito en un sistema de categorías jurídicas que facilitan la aplicación de la ley penal por parte de los jueces, de esta manera, la teoría del delito rechaza como adecuada a su función una*

---

<sup>11</sup> ROXIN, Klaus. **Teoría del tipo penal**. Pág. 137.

<sup>12</sup> *Ibídem*. Pág. 140.

*apreciación total o global del hecho, la afirmación de que un determinado suceso protagonizado por un autor es un delito dependerá por lo tanto, no de una intuición total, sino de un análisis que permita comprobar cada una de las notas correspondientes al concepto del delito, trata de dar una base científica a la práctica de los juristas del derecho penal proporcionándoles un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos con un considerable grado de seguridad. La teoría del delito es la encargada de proveer de instrumentos o herramientas al derecho penal objetivo, para que este pueda definir las figuras delictivas e incorporarlas a la legislación. Con esto se contribuye a aplicar justicia penal lo más apegado al principio de legalidad posible”<sup>13</sup>.*

### **1.3.2. Elementos del delito**

Eugenio Cuello Calón los denomina también entidades del delito. En la teoría del delito permiten una descripción del problema complejo que se enfrenta, cuando se trata de estudiar al delito, visto, por tanto, no como un todo englobado, sino como un todo integrado en varias partes, susceptibles cada una de ser reformadas, ayudando a establecer una relación subjetiva entre el sujeto y su hecho.

De acuerdo con Cuello Calón esta relación que nace de la conducta ilícita imputada es consecuencia directa entre el sujeto y el hecho. Es decir, no se puede imputar un hecho ilícito y tener como consecuencia otro tipo penal.

---

<sup>13</sup> BACIGALUPO Enrique, **Elementos de la teoría del delito**. Pág. 13.



De Matta Vela y De León Velasco exponen en su estudio que *“los elementos del delito son: la acción o conducta humana, la tipicidad, la antijuricidad, o antijuricidad, la culpabilidad, la imputabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad, la punibilidad. Nombrándose en algunos casos, a los mencionados como elementos positivos del delito, y a sus respectivas formas antagónicas como: elementos negativos del delito”*<sup>14</sup>.

#### **1.4. Elementos constitutivos u objetivos del delito de malversación**

Para determinar específicamente en la forma que se constituye o concreta el delito de malversación, se dan a conocer los siguientes elementos objetivos, entendiendo estos las particularidades principales de la conducta ilícita que tipifica la norma, para construir el tipo penal que la norma describe como tal y estos son:

Doctrina Cuello Calón. En la ilustrada opinión de este comentarista español la malversación de fondos públicos puede adoptar siete modalidades, a saber:

- el funcionario público que sustrajera e consintiere que otro sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones;

- el funcionario que por abandono o negligencia inexcusables diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos;

---

<sup>14</sup> DE MATA VELA, José Francisco y Héctor Aníbal DE LEÓN VELASCO. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 141.

-el funcionario que aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo;

-el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare, una aplicación pública diferente de aquella a que le estuvieron destinados;

-el funcionario público que debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado no lo hiciere;

-el funcionario público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración; y

-el funcionario encargado por cualquier concepto, de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales, o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia, y a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

La casuística anotada trae perfectamente determinados los elementos de esta infracción y ellos son:

Aplicación diferente de los fondos o especies públicos

Esta aplicación distinta de los fondos o efectos públicos debe ser hecha por un empleado público o encargado de una función pública por cualquier razón, o tener la calidad de empleado público, el que consintió que esta situación y

Ánimo criminal de no restituir jamás los fondos o efectos públicos.

Cuello Calón manifiesta que *“si falta uno solo de estos elementos, ya no se trata del delito de malversación, sino de cualquier otro, de manera que es indispensable la concurrencia de todos ellos para que se tipifique técnicamente la infracción que estudiamos”*<sup>15</sup>.

Es necesario analizar bien la conducta típica que se reprocha al sujeto activo ya que de faltar uno de sus elementos constitutivos estamos frente a otro delito, pero no se tipifica la malversación, toda vez que es imprescindible de acuerdo a la relación de causalidad regulada en el artículo 10 del Código Penal, que las consecuencias de los hechos sean directamente derivados de los actos incriminados, de no ser así no hay delito de malversación. Ello de acuerdo con Cuello Calón cada tipo penal tiene sus particularidades y estas en particular son del delito a que se refiere este tema “la malversación”.

#### **1.5. Diversas denominaciones**

Rodríguez explica que existen diversos nombres que se refieren al delito de malversación, independientemente, pues se conoce como: *“Malversación de caudales*

---

<sup>15</sup> VILLEGAS D. Rodrigo citando a Eugenio Cuello Calón, **El delito de malversación o peculado**. Pág. 42.

*públicos, malversación de efectos públicos, malversación de fondos públicos, aplicación indebida de caudales públicos o destino, indebido de fondos públicos, y nuestra legislación la denomina simplemente malversación, puesto que el bien jurídico especialmente tutelado es la regular inversión y aplicación de los bienes públicos dentro de la misma órbita de la administración; en otras palabras, es el ordenamiento patrimonial de la administración lo que se protege”<sup>16</sup>.*

#### **1.5.1. Naturaleza jurídica de la malversación**

Muñoz Conde determina que *“la naturaleza jurídica en el delito de malversación sienta su base en la infracción del deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario para la administración. La malversación ostenta un carácter patrimonial evidente, al incidir sobre los fondos públicos, lesionando los intereses patrimoniales del Estado y sus gobernados”<sup>17</sup>.*

También indica que la pena que se impone por cometer el delito es, en sí, *“por los actos que violan la fidelidad que los funcionarios deben observar en el manejo de los caudales que tienen a su cargo y reprime no solo el perjuicio económico causado sino también y muy especialmente, el abuso, por parte del funcionario, de la confianza públicamente depositada en él”<sup>18</sup>.*

---

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José María, **Derecho penal español**. Pág. 1128.

<sup>17</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, **Derecho penal**. Pág. 774.

<sup>18</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**. Pág. 450.

De lo expuesto se determina que el bien jurídico tutelado es la fidelidad de la aplicación de fondos encomendada a los funcionarios o empleados públicos, con el objeto de garantizar la prestación de servicios públicos a los que el Estado está obligado en el resguardo del bien común. Ya que de no protegerlo se coloca en peligro o vulnera el bienestar común.

#### **1.5.2. Sujeto activo y pasivo del delito de malversación**

Sujeto activo:

De acuerdo con la doctrina de Francesco Carrara, suscribe que *“siempre será siempre un funcionario o empleado público, reconocido como tal por la Administración Pública, y cuyo oficio constituye la razón de que se encuentre en sus manos la cosa pública de que se administre indebidamente”*<sup>19</sup>.

Sujeto pasivo:

Carrara, explica que: *“El Estado y sus gobernados son quienes sufren el daño causado; ya que por la ejecución de este tipo penal, se violan los intereses del Estado en la Administración Pública, lo cual repercute en la población”*<sup>20</sup>.

Mir Puig, establece que: *“Cada sujeto hace nacer expectativas específicas en los otros dos, a la vez que las posee respecto de ellos. Así, el sujeto activo no solo espera un determinado comportamiento del Estado como respuesta a su acción delictiva, sino*

---

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

que también espera que el Estado y el sujeto pasivo esperen que él se comporte con arreglo a derecho”<sup>21</sup>.

#### **1.6. El bien jurídico protegido**

Feijoo explica que: “Sin ingresar en la polémica discusión jurídico-penal de si la función del derecho penal es proteger bienes jurídicos o la vigencia y validez de las normas, la verdad es que la interpretación de aquellos constituye criterio rector de los tipos, puesto que los delitos suelen agruparse en atención al objeto de protección. En otros términos, a las consideraciones de la parte especial se revela claramente fundamental la noción de bien jurídico, lo cual es ampliamente reconocido como la base de la estructura y de la interpretación de los tipos”.

Por tanto, el primer problema al que se enfrenta el intérprete en el estudio de cualquier delito es la identificación del bien jurídico producen daño social, cuya idea básica es excluir del ámbito jurídico-penal las exigencias especiales de carácter religioso o moral. Así, debe rechazarse la noción de bien jurídico como entidad meramente ideal, desvinculado de la lesividad material (por ejemplo, referido a valores, ideas o pretensión de respeto). El derecho penal debe manejar con un concepto realista de bien jurídico (integración en el ámbito de la realidad social), por lo que debe preferirse las definiciones que posibiliten una más fácil verificación empírica”<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Mir Puig. **Derecho penal**.- Pág. 83.

<sup>22</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, **El injusto penal**. Pág. 85-86.

Feijoo determina "que la doctrina ha venido transformando la concepción del bien jurídico en una teoría de la dañosidad social (los comportamientos merecedores de pena son aquellos que dinero y títulos, bienes muebles e inmuebles para financiarse y posibilitar la consecución de sus fines, casi siempre a través de sus agentes. Y eso genera un incremento de la corrupción y desvíos, lo que obliga al derecho penal a reaccionar de forma más intensa en relación con aquellos sujetos que tienen un especial deber de velar por el patrimonio público.

El fundamento del injusto en la malversación no se encuentra en el básico *neminem laedere* (relación negativa con el bien jurídico), sino en una prestación positiva o un respeto a cierto estándar (relación positiva con el bien jurídico). Existe, por tanto, una relación funcional entre el funcionario y el bien jurídico protegido por la cual se le incumbe a este el deber de mantener la continuidad sin cambios de la institución, esto es, el deber de evitar que se produzcan daños al patrimonio público"<sup>23</sup>.

La legislación guatemalteca hace alusión al bien jurídico tutelado, en protección a la Administración Pública y a los bienes del Estado.

#### **1.7. Concepción dualista del bien jurídico protegido en la norma penal**

El tratadista Roxín en su estudio determina que "en la actualidad, dos son las posiciones que intentan traducir la forma de operarse la dañosidad social:

---

<sup>23</sup> *Ibídem*. Pág.83.

*De una parte, la concepción monista-personal del bien jurídico, sostenida por la denominada Escuela de Frankfurt. A la teoría personal del bien jurídico la esencia de la legitimación del derecho penal está en la protección de intereses con referente individual. La idea clave es que solo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización. Identifica el bien jurídico, pues, con satisfacción de las necesidades humanas o que sirva al libre desarrollo del individuo. El bien jurídico es así definido como un (interés humano necesitado de protección penal), estimando por intereses aquellos bienes vitales imprescindibles para la vida en común”<sup>24</sup>.*

Por otra parte, la llamada concepción dualista del bien jurídico defendida, entre otros, por Schünemann, Hefendehl, Figueiredo Días, Feijoo Sánchez, Amelung, García Pablos de Molina, Martínez-Buján Pérez y Tiedemann. Sostienen que *“de acuerdo a la teoría dualista, los bienes jurídicos pueden ser de naturaleza individual o bienes universales, sin que quepa encontrar un denominador común a los mismos, al tener su origen en intereses heterogéneos”<sup>25</sup>.*

Busto Ramírez manifiesta que: “En el marco de la concepción monista-personal el concepto de bien jurídico recibe un contenido concreto solo en la medida en que se trate de *intereses individuales*, pues desde una perspectiva liberal el núcleo axiológico radica en el ciudadano. Por ello, solo es posible reconocer como bien jurídico un interés

---

<sup>24</sup> ROXÍN, Klaus, **Bienes jurídicos**. Pág. 448.

<sup>25</sup> MATA y MARTÍN, **Bienes jurídicos intermedios**. Págs. 12-13.



humano necesitado de protección jurídico-penal, esto es, que legitime la acción del Estado desde el punto de vista de la persona: protección de las bases para el libre desarrollo del individuo y su participación justa e igualitaria en la integración social. Las estructuras que sostienen y legitiman al Estado y sociedad no pueden ser entendidas como fines en sí mismos sino como medios, para el desarrollo de la persona en sociedad"<sup>26</sup>.

Sin embargo, el hecho de que los bienes jurídicos giran solo en torno a la persona no significa que estén fuera del ámbito de protección los objetos de carácter supraindividual (los llamados bienes jurídicos colectivos o universales), cuya titularidad no pertenezca a la persona individual sino a la sociedad o al Estado, como son ejemplos los delitos contra la Hacienda Pública o contra la Administración. Busto Ramírez expone que en nuestro Estado actual se dice no puede concebirse sin bienes jurídicos colectivos, pues ellos constituyen medios importantes para la autorrealización social del individuo. Sucede solo que la protección de dichos bienes remanentes se lleva a cabo tan solo en el interés *mediato* o *indirecto* de las personas afligidas: con respecto al ser humano y en su vinculación con sus necesidades existenciales.

En una palabra, los bienes jurídicos colectivos están subordinados a los individuales y en esta medida son legítimos solo cuando se pueden reconducir a intereses personales.

---

<sup>26</sup> BUSTOS RAMÍREZ, **Control social**.- Pág. 167.

Feijoo Sánchez expresa que, para quien la teoría personal del bien jurídico solo sería asumible en una sociedad que careciera de intereses comunes, pues “parte de una desacertada dicotomía entre individuo y sociedad, como si los intereses de uno fueran ajenos al otro; un concepto personalista de bien jurídico obliga también a un entendimiento social-normativo de los bienes colectivos, que deben surgir de la propia estructura social y apoyarse sobre categorías empíricas que alcancen a expresar la idea que les sirve de fundamento: el tratarse de presupuestos o condiciones para la protección y el desenvolvimiento de los bienes individuales. Pero la colectividad por sí sola no es objeto de protección del derecho penal; bienes jurídicos de la generalidad solo pueden ser concebidos en un sentido *instrumental*, esto es, solo en cuanto puedan funcionalizarse desde el individuo.

Ello tiene la inevitable consecuencia de que los bienes jurídicos colectivos estarían siempre jerárquicamente subordinados a los bienes jurídicos individuales, siendo su violación, en principio, menos gravosa. Se dice que el individualismo monista es demasiado estrecho, puesto que no siempre es posible referir el bien jurídico colectivo a los intereses de individuos concretos. Por ejemplo, la pretensión estatal sobre el impuesto de la renta no decae por el hecho de que el dinero recaudado vaya a ser empleado para comprar tanques de guerra y no para construir guarderías. No es idónea, por tanto, para justificar el proceso de irrupción de bienes supraindividuales o colectivos, con lo que queda al margen de la intervención penal graves desviaciones de la *nueva criminalidad* (delitos socioeconómicos, medio ambientales, corrupción política y administrativa, etc.). Así, a pesar de la ausencia de cualquier referencia a intereses individuales, los defensores de la autoría personal del bien jurídico son obligados a

manejar con una noción de referencia indirecta al individuo tan amplia que solo en la terminología difiere de la concepción dualista. Ello hace con que al final se incurra en el decisionismo, dando lugar a fallos arbitrarios.

La característica del Estado moderno es su papel social e intervencionista, en el cual resulta inapropiado un derecho penal minimalista que no tenga en cuenta la denominada delincuencia expresiva (la macro criminalidad, de las clases poderosas) y por consiguiente continúe castigando la clase de siempre: la clientela de los bajos estratos sociales. Continua manifestando Feijoo, Una modernización del derecho penal en el sentido de su adaptación a la evolución de la sociedad, al cambio social y al predominio, exige el reconocimiento de los bienes jurídicos universales en la política criminal. Así, en el momento actual el derecho penal es obligado a tener en cuenta la aparición de nuevos bienes jurídicos, los llamados bienes colectivos o intereses difusos, cuya característica es la indeterminación de las víctimas, pues "precisamente una de las pocas funciones que pueden cumplir los Estados modernos es configurar y proteger intereses públicos supraindividuales"<sup>27</sup>.

Alcácer Guirao, expone que *"de tales bienes difusos es cada vez más dependiente el ser humano en la nueva sociedad de riesgos: una sociedad en la que los riesgos se refieren a daños no delimitables, globales y, con frecuencia, irreparables. Los rasgos prototípicos de la sociedad del riesgo son por un lado el de ser una sociedad caracterizada por una inseguridad objetiva y una sensación de inseguridad subjetiva y de otra por la irresponsabilidad organizada"*. Ello exige la formación de un nuevo

---

<sup>27</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, **Retribución y prevención general**. Pág. 444.

derecho penal, el cual tiene abiertamente que asumirse como instrumento de control de las nuevas situaciones generadas por los avances tecnológicos. En esta nueva realidad, los fenómenos de la expansión y de la administrativa del derecho penal pasan a ser una tendencia como forma de proteger los bienes jurídicos institucionales, como son los casos de los delitos contra la Administración Pública, sobre todo por el empleo de la técnica de la protección anticipada de los bienes jurídicos colectivos y de los delitos de peligro abstracto<sup>28</sup>.

Feijoo, estipula que “la tentativa de descalificar globalmente los bienes jurídicos colectivos con la crítica de que serían ilegítimos debido a su vaguedad e imprecisión no procede, pues la indeterminación de estos bienes jurídicos no deriva de su propia naturaleza. Hay bienes jurídicos individuales susceptibles de las mismas objeciones, razón por la cual el verdadero problema no está en los fundamentos políticos criminales del derecho penal moderno sino en la defectuosa técnica legislativa empleada. Existen bienes jurídicos colectivos de mayor concreción como asimismo bienes jurídicos individuales vagos e imprecisos. Por eso, la crítica debe dirigirse a la indeterminación en sí misma, debido a los peligros que acarrearán a la formulación típica; pero ello con independencia de cuál sea la clase de bienes”<sup>29</sup>.

Manifiesta, por otro lado, que “no es cierta la objeción de que estamos ante nuevos intereses no asumidos por la sociedad como esenciales y que por consiguiente los bienes jurídicos colectivos por naturaleza pueden conllevar a largo plazo que se

---

<sup>28</sup> ALCÁCER GUIROA, **Daños cumulativos**. Pág. 3.

<sup>29</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, **Bien jurídico**. Pág. 8.

pierda toda evidencia y sensibilidad respecto de los actos delictivos, malográndose los fines de prevención general de cara a la población. En la mayoría de los casos la lesividad social que encierra una conducta delictiva contra bienes jurídicos colectivos es evidente para cualquier ciudadano, pues están ligados a las necesidades básicas de todos. O sea, hay bienes jurídicos colectivos cuya protección penal está claramente consolidada, como es justamente el caso de los delitos contra la Administración Pública. De manera que si los tipos están correctamente configurados en este sentido, se puede establecer empíricamente una relación entre una conducta y un daño que interesa a la generalidad. De cualquier suerte, lo esencial es tener siempre presente que existen instituciones básicas del Estado y bienes de titularidad colectiva que deben ser protegidos por normas penales aunque no se vean afectados de forma perceptible intereses individuales"<sup>30</sup>.

Portilla Contreras expresa que *"debiera también ser relativizada la crítica de que en la base de los intereses colectivos se fundamentaría en la función promocional del Derecho penal. En primer lugar, porque el derecho penal al proteger aquellos intereses no estaría promocionando ningún cambio social, sino contribuyendo a la defensa de valores fundamentales de la colectividad. Después, nada se opone a que el instrumento esencial del derecho penal, la pena, contribuya mediante la defensa de los valores básicos a la estabilidad del propio sistema"*<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, **Retribución y prevención general**. Pág. 447.

<sup>31</sup> PORTILLA CONTRERAS, **Principio de intervención mínima**. Pág. 741.

Busto Ramírez dice "que debemos partir de una teoría dualista del bien jurídico en la que coexistan bienes jurídicos colectivos que no pueden conectarse de forma inmediata y exclusiva con intereses esenciales del individuo, esto es, bienes jurídicos configurados de forma autónoma de los de naturaleza individual". Ello porque una concepción liberal democrática del Estado, que tenía que partir de los bienes jurídicos con referencia a la persona, nunca significó desconocer bienes jurídicos de diferentes naturalezas. "No es que se negara la existencia de bienes jurídicos supraindividuales, lo que sí sucedía era que, al considerarse al Estado con una función simplemente de guardián, no se visualizaba la necesidad de intervenir"<sup>32</sup>.

Alcácer Guirao estipula en su obra *Daños cumulativos*, que el otorgamiento de un carácter autónomo al bien supraindividual lleva a concluir que no es preciso constatar una peligrosidad del bien o los bienes personales en el caso concreto, aunque en muchos supuestos la lesión al bien jurídico colectivo implique un peligro para bienes jurídicos individuales. Pero existen bienes comunes que no pertenecen a nadie de forma individualizada.

El referente lesivo es el propio bien jurídico colectivo, lo que conlleva a una distinta posibilidad de discriminar grados de lesividad y los bienes jurídicos colectivos, más allá de las múltiples clasificaciones doctrinales, han sido divididos en dos grandes grupos.

a) Bienes jurídicos intermedios:

---

<sup>32</sup> BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*. Págs. 187-190.

Que se configuran como contextos previos de lesión de bienes jurídicos individuales, y que, por tanto, pueden reconducirse directamente a un bien jurídico personal.

b) Bienes jurídicos institucionales:

Los cuales comprenden realidades sociales que no se perfilan como meros sectores de riesgo para intereses individuales, sino que son verdaderos bienes públicos, instituciones esenciales para el desarrollo social basadas en la participación de sus integrantes, y que, por ello, su lesión tiene un carácter autónomo, y no dependiente en cuanto estadio previo a la lesión de un bien jurídico individual. Ejemplo de los mismos es precisamente la Administración Pública, institución social que no remite a la protección directa de bienes jurídicos individuales y cuyo injusto no está basado en la protección de esferas de libertad sino en la vulneración del deber de contribuir a su correcto funcionamiento. Con todo, en sentido propio los bienes jurídicos colectivos son solamente aquellos que no son divisibles en bienes jurídicos individuales, esto es, los que atañen a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado y del sistema social.

Soto Navarro "sintetiza las características definitorias de los bienes jurídicos colectivos en los siguientes aspectos:

En primer lugar, la titularidad compartida, entendida como función o utilidad para la sociedad en su conjunto. Los bienes jurídicos colectivos están referidos a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, de manera que su

titularidad es compartida por el conjunto de la sociedad y no solo por una pluralidad de personas (un colectivo determinado). Ello conlleva a la no exclusión en el uso y no rivalidad en el consumo, pues todo bien jurídico colectivo se caracteriza por el rasgo de la posibilidad de aprovechamiento por todos, sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual no obstaculice ni impida al aprovechamiento por otros;

b) En segundo lugar, el dato de su indisponibilidad, lo cual se manifiesta en la ineficacia jurídico-penal del consentimiento. Hay acuerdo en que solo es posible la renuncia a la tutela jurídico-penal cuando se trate de bienes que, por su naturaleza, sean inherentes y exclusivos de la persona individual, no así cuando la titularidad del bien recaiga sobre el conjunto de la sociedad.

c) En tercer lugar, el rasgo de la indivisibilidad o no distributividad, concebida como imposibilidad conceptual de dividir (ni fáctica ni jurídicamente) el bien jurídico en partes, de tal manera que pueda atribuirse de forma individual en porciones. Así, un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignar una porción de este a un individuo. Por eso, no es posible relacionar el bien jurídico colectivo en todo o en parte a un único sector de la sociedad.

De la seguridad en el tráfico monetario, así como de la seguridad interior del Estado o la potestad estatal sobre las cosas, se beneficia cada ciudadano en igual medida;



Al criterio del *no-desgaste* solo se aplica a los casos de bienes jurídicos que han de construirse libres de desgaste, si no, no estaría garantizada la premisa de que cualquiera puede utilizar un bien jurídico colectivo; ello no se aplica, por tanto, a los bienes jurídicos relativos a la organización del Estado y su desarrollo, dado que no se disfrutan en sentido estricto por los miembros de la sociedad, con lo que no se cumple más que el criterio de la no-distributividad.

Un sector de la doctrina incluye aún el rasgo de la *naturaleza conflictual distinta*. Se afirma que al contrario de los bienes jurídicos de corte individual, los atentados contra los nuevos bienes jurídicos colectivos se caracterizan por el hecho de que las fuentes de peligro para los mismos provienen de actividades lícitas y socialmente necesarias (del normal funcionamiento del sistema social)<sup>33</sup>.

#### Acción típica

Tal como lo podría explicar Cuello Calón la acción del sujeto activo en el delito de malversación de caudales posee un doble aspecto, porque constituye:

*“Una infracción del deber de probidad de los funcionarios en el manejo de los fondos públicos que por razón de su cargo les están confiados. Y encierra además una lesión de los intereses patrimoniales del Estado”<sup>34</sup>.*

---

<sup>33</sup> SOTO NAVARRO, **Bienes colectivos**. Pág. 213.

<sup>34</sup> *O p. cit.* Pág.450.

## Los caudales y efectos públicos

Pérez Velásquez estipula que “el delito de malversación pertenece a los delitos especiales (propios). Esto se debe, única y exclusivamente, a que la posición del destinatario de la norma cuyo quebrantamiento es delictivo solo puede ser ocupada por una persona que exhibe el estatus de funcionario público”.

Definido en el Código Penal guatemalteco artículo 447. Se justifica su sistematización como un género delictivo unitario: en cualquiera de sus variantes, la malversación siempre presupone una determinada posición jurídica del autor en relación con determinados caudales o efectos. Pérez Velásquez siguiendo a Roxin expone que *“la conducta o acción está supeditada a su estatus absoluto de funcionario público. Pues este es un estatus que queda definido por el conjunto de estándares de comportamiento que se reconducen al así llamado (principio de probidad), que exige del funcionario, en lo atinente al desempeño de su cargo o función, dar preeminencia al interés general por sobre el interés particular, tal como ello está establecido, en el marco del derecho”*<sup>35</sup>.

Pérez V. presenta una posición jurídica relativa a “los caudales o efectos en cuestión se encuentra expresada en la regulación legal vigente:

El autor de malversación ha de encontrarse, dicho de manera laxa por el momento, o bien en una posición definida por una obligación de conservación, o bien

---

<sup>35</sup> PÉREZ VELÁSQUEZ, Juan Máximo. **El delito de malversación**, Págs. 1- 30.

en una posición definida por una obligación de administración o inversión de determinados caudales (haciendas, opulencias, tesoros, peculios) o efectos del Estado, (bienes, enseres, mobiliario, bonos, fondos, certificados, donaciones).

Al hacer una exégesis de la regulación legal en este marco, como es obvio, nos referimos a la diferenciación de los ámbitos típicos del peculado y la malversación de fondos, cuestión que tiende a ser reducida a la elucidación (aclaración o precisión) del alcance tras una desviación de fondos, y en la oportunidad que interpretativamente se tenga por determinante para ello, no tenga lugar el reintegro de los fondos desviados.

El problema resulta crucial en la medida en que así se hace explícito que la diferencia entre peculado, ya que la norma penal se refiere enfáticamente a la malversación constitutiva de desviación de fondos no es dependiente, en lo absoluto, de la existencia de un comportamiento constitutivo de 'sustracción', más allá de cómo sea interpretado este último término<sup>36</sup>.

En la medida en que el tenor literal del art. 447 recurre al participio: El funcionario o empleado público que diere a los caudales o efectos o bienes que administrare una aplicación o uso diferente a la que estuviere destinados, se describe la situación en la cual quedan los fondos que son objeto de desviación por parte del funcionario que los tiene a su cargo, es claro que la diferenciación en cuestión no puede hacerse reposar en dicha circunstancia. A diferencia del peculado en cualquiera de sus manifestaciones

---

<sup>36</sup> *Op. cit.* Págs. 1-30.

el legislador recurre al verbo "sustraer" y en el tipo malversación se refiere enfáticamente al verbo "desviar" con destino diferente los caudales o efectos públicos al que originalmente estaba destinado.

El potencial autor de la malversación tipificada en el art. 447 ha de tener a su cargo los respectivos caudales o efectos en pos de su sola conservación, el potencial autor (sujeto activo) de la malversación tipificada en él ha de tener a su cargo los respectivos caudales o efectos en pos de su administración, es decir, ser el cuentadante de los fondos que administra.

La posición de un funcionario que tiene a su cargo caudales o efectos para su conservación se corresponde exactamente con la posición de un depositario quedando sujeto a tres cargos alternativos de tenencia: el depósito, la consignación y el secuestro. Pero la consignación y el secuestro no son más que modalidades especiales de depósito: consignatario es quien recibe en depósito la cosa que una persona debe a otra a condición de que el acreedor la repugne o no comparezca a recibirla; o quien recibe en depósito una cosa que se disputan dos o más personas, para entregarla a aquella que obtenga una decisión favorable al respecto.

#### **Circunstancias agravantes del delito**

El artículo 447 segundo párrafo del Código Penal establece que la sanción señalada se aumentará una tercera parte, si a consecuencia de la malversación

resultare daño o entorpecimiento del servicio a que los caudales o efectos estuvieren consignados.

Al estudiar esta norma resulta incongruente la sanción aumentada al doble, siendo esta ridícula porque la pena mínima sería Q 20,000.00 y la máxima Q 50,000.00; ya que discrepa con el principio de proporcionalidad y el de objetividad; se considera que a tenor de la norma penal descrita, que esta debe ser en proporción al daño o entorpecimiento del servicio al que estaban destinados dichos caudales o efectos públicos a consecuencia del desvío doloso que se realiza, ya que la responsabilidad penal debe de ir de la mano con el daño causado.

Considerando el alcance de la pena descrita en la norma pugna con los principios de objetividad y proporcionalidad, puesto que se debe hacer un análisis cuantitativo sobre el valor de los efectos o caudales públicos malversados, como una cuantificación de los daños y perjuicios causados como consecuencia del delito, pues al sobrepasar los cincuenta mil quetzales de multa discrepan con los principios citados bases del derecho penal y procesal penal.

Es necesario conocer los antecedentes históricos, en virtud de que desde la Antigüedad han existido funcionarios que le han dado un destino diferente a los recursos del Estado, pero se debe aclarar que en la historia se determina que no existía diferencia entre la malversación y el peculado, pero si había un castigo severo a los funcionarios que utilizaban de manera incorrecta los recursos del Estado. Por tal motivo es necesario y de suma importancia realizar la presente investigación, para

determinar que actualmente en el Estado de la República de Guatemala existe en la normativa legal la diferencia entre el delito de malversación y el delito de peculado, cualquier persona debe tener claro que cuando se desempeña el cargo de funcionario público lo debe realizar de manera correcta y legal, para no ser sometido al proceso penal por el delito de malversación.



## CAPÍTULO II

### LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

#### 2.1. Definición de la Administración Pública

Para comprender mejor el término Administración Pública es necesario conocer la procedencia del término administrar. Álvarez Gendín, manifiesta que viene del vocablo latín "Ad" y del verbo "Ministro- as- are", que juntos significan "servir o ejecutar", el verbo *ministratio* deriva del acto de servir o de servicio<sup>37</sup>.

Adolfo Merck indica que la Administración Pública consiste en: *"El empleo de la autoridad, para organizar dirigir y controlar, con el fin de que todos los servicios que se prestan a una comunidad, sean debidamente coordinados para lograr la meta establecida"*<sup>38</sup>.

Calderón, Hugo H; determina que: "La Administración Pública se origina en la actividad del Estado, ya que esta consiste en ejecutar tareas y ejercer las facultades que le corresponden jurídica, técnica y materialmente, las cuales lleva a cabo por medio de sus órganos administrativos que integran la Administración Pública y establece que, está integrada por un conjunto de órganos que desarrollan una actividad para el logro de un fin de bienestar general, a través de los servicios públicos que son el instrumento de los que se sirve para lograr el buen funcionamiento del Estado"<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino. **Tratado de derecho administrativo**. Pág. 54.

<sup>38</sup> MERCK, Adolfo. **Teoría general del derecho administrativo**. Pág. 8.

<sup>39</sup> CALDERÓN M, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo parte general**. Pág. 5.



De lo expuesto resaltamos entonces que la Administración Pública consiste en el arte de administrar los recursos del Estado a través de ejercer la autoridad legal, técnica y materialmente para dirigir, supervisar, ejecutar los servicios públicos de una sociedad, para alcanzar el bien común de todos.

Calderón M. Hugo; nos destaca que: *“El acto administrativo se concretiza y se constituye por varios elementos los que clasifica en: elementos de fondo y de forma.”*<sup>40</sup>

## **2.2. Elementos de fondo**

Calderón expone que dentro de estos elementos existen aspectos fundamentales sin los cuales el acto administrativo no lograría sus metas, estos aspectos son: un órgano competente, la voluntad administrativa legalmente manifestada, los motivos del acto, su objeto y su finalidad.

### **2.2.1 Órgano competente**

Esta se fundamenta en que el órgano que ejecutara el acto administrativo debe tener competencia administrativa, ya que si este no tiene competencia su funcionario incurre en responsabilidad de todo tipo al resolver en ausencia de ella, por tal razón es necesaria la competencia conferida por el ordenamiento jurídico administrativo.

---

<sup>40</sup> *Ibidem.*

La voluntad administrativa legalmente manifiesta:

Consiste en hacer del conocimiento del administrado o particulares, el contenido de la resolución que ha emitido dicho órgano y debe hacerse por medio de una notificación o por los medios que normalmente hace el órgano administrativo (citación, telegrama, publicaciones, etc.); y el contenido se identifica por su declaración unilateral de voluntad que crea, modifica o extingue una relación jurídica subjetiva la que puede consistir en; otorgar un permiso, cancelar ese permiso, efectuar un pago, etc.

Los motivos del acto

Calderón explica que las resoluciones de la Administración Pública deben ser motivadas, de acuerdo con la Ley de lo Contencioso Administrativo, es decir, que en toda resolución se debe argumentar legal y administrativamente, cuáles el fundamento del acto administrativo que se está declarando en la resolución notificada.

Su objeto

Continúa ostentando Hugo Calderón, que el objeto del acto administrativo es manifestar la voluntad del Estado y significa lo que el órgano administrativo le declara al particular, es decir, le otorga o deniega una licencia, o bien le impone una multa, etc., en la resolución emitida, ya que por este medio hace conocer la voluntad del Estado respecto a lo solicitado.

## Su finalidad

Refiere Calderón M. que la finalidad del acto administrativo consiste “en lograr un fin público, ya que el acto administrativo emana de un órgano competente, debe servir necesariamente al fin previsto en la norma, y cuando se habla de fin público debe tomarse en cuenta el bien común, si el acto se desvía de su fin público, el funcionario encargado incurre en responsabilidad por desviación de poder con lo que se puede determinar la anulabilidad del acto administrativo”<sup>41</sup>.

Por lo expuesto se comprueba que la Administración Pública concretiza sus funciones a través de los actos administrativos que la ley le permite efectuar, con el objeto de mantener y velar por el bien común de todos los administrados.

### 2.3. Elementos de forma

Calderón manifiesta que: *“Los elementos de forma del acto administrativo consiste en dos aspectos que son la forma y el procedimiento que se utilizan en el mismo, para que el actuar administrativo tenga plena validez, ya que si se obvia uno de ellos o algunos de sus requisitos legales, el acto administrativo pierde validez”*<sup>42</sup>.

La forma

---

<sup>41</sup> CALDERÓN M, Hugo Haroldo, *op. cit.* Pág. 1.

<sup>42</sup> *Op. cit.* Pág. 1.

De acuerdo con la doctrina de Administración Pública esta consiste en el medio que utiliza el órgano para hacer saber sus decisiones a los administrados, y el medio común que más utiliza es el de las resoluciones escritas. Este es un elemento de garantía y seguridad que da la Administración Pública, pero el acto administrativo no se tiene que regir a una forma determinada de hacer ver la voluntad del órgano, únicamente debe cumplir con lo que la ley regula para que el mismo sea legal ya que deben de contener los requisitos que la ley exige para emitirlos.

Gordillo, Agustín, determina que el objeto de la Administración Pública estriba en el respeto a los derechos humanos de los individuos de una sociedad, ya que la ley gira alrededor de dichos derechos, con base en la protección judicial frente a la función administrativa, para evitar actos o resoluciones abusivas, arbitrarias o ilegales, pues de no ser así el administrado queda a desprotegido frente a las resoluciones y actos de los funcionarios y empleados públicos que abusando de su autoridad toman en cuenta intereses ajenos y no el interés común en sus resoluciones, afectando así los derechos particulares de los administrados<sup>43</sup>.

El procedimiento

*"Es la serie de pasos o fases que debe seguir el expediente administrativo y son necesarios para el ejercicio de la función administrativa, el procedimiento administrativo está regulado en la ley es decir en el reglamento de cada órgano, el procedimiento*

---

<sup>43</sup> GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo I. Pág. 4.

*administrativo va de la mano con la resolución administrativa, ya que de él, emana la misma, para producir los efectos jurídicos en los particulares, ya que debe de cumplir con una serie de requisitos y actos legales que concluirán en la resolución final, todo ello en garantía de los derechos de los particulares, cuya finalidad es obtener la resolución final asegurando el interés general, ya que prevalece ante el interés particular por lo que los funcionarios se ven obligados a cumplir con las etapas señaladas en el ordenamiento jurídico”<sup>44</sup>.*

#### **2.4. Definición del servicio público**

*Calderón afirma que “el servicio público se debe de comprender como un servicio técnico prestado a la población de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública dentro de una organización administrativa”<sup>45</sup>.*

##### **2.4.1. Fin del servicio público**

*Para Rafael Godínez Bolaños “la finalidad de todo servicio público es satisfacer las necesidades de la población, ya que con ello cumplen con el fin supremo de la Administración Pública que es el bien común, con el objeto de fomentar la responsabilidad estatal, ya que es a través de los servicios públicos prestados a la población garantizan sus políticas gubernativas”<sup>46</sup>.*

---

<sup>44</sup> *Ídem. Op. cit.* Pág. 29.

<sup>45</sup> Hugo H. CALDERÓN M. **Derecho administrativo parte general.**- Pág. 359.

<sup>46</sup> GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael, **Los servicios públicos**, Pág. 11.

#### **2.4.2. Objeto del servicio público**

De acuerdo con Godínez Bolaños *"el objeto del servicio público, es fomentar la responsabilidad estatal, ya que por medio de los servicios públicos se sustentan las necesidades de los administrados, garantizando así las políticas administrativas estatales, es decir, que por medio de la prestación de un buen servicio público, se garantiza la eficacia de la Administración Pública"*<sup>47</sup>.

#### **2.5. La función administrativa**

Gordillo la define como la esencia del quehacer de la Administración Pública, e implica los pasos que la buena Administración Pública debe desarrollar para un buen funcionamiento, en una forma técnica y acorde a los principios que inspiran la función. Además, explica que *"la función administrativa puede ser delegada no solo en los órganos estatales centralizada, descentralizados o autónomos, sino que también puede delegarse en entidades privadas o semiprivadas con el objeto de mejorar los servicios públicos"*<sup>48</sup>.

Godínez Bolaños, Rafael, explica que la función administrativa es regulada por el derecho administrativo y está constituida por el conjunto de normas que rigen el

---

<sup>47</sup> *Ídem*. GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael.

<sup>48</sup> GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo I. Pág. 4.

quehacer del Estado en el cumplimiento de sus deberes, a través de su gabinete administrativo, para satisfacer las necesidades de los administrados.

La Constitución Política de la República, en el artículo 154 regula la 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. Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno.

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 Política de la República".

Con este artículo se determina que todos los funcionarios públicos se encuentran sujetos a la ley, además, que están al servicio del Estado y al servicio del pueblo y no de sus intereses particulares. Los funcionarios públicos están obligados legalmente a respetar la Constitución Política de la República de Guatemala y las leyes en el ejercicio de sus funciones, y tienen el deber de observarla con apego al hacer la toma de decisiones.

### 2.5.1. Clasificación de la función pública

Calderón Morales determina que de acuerdo con nuestro sistema jurídico administrativo, establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, la función pública puede ser ejecutiva, legislativa y judicial.

#### Función ejecutiva

Calderón Morales, explica que: "Es la ejercida por el Organismo Ejecutivo, y se encuentra constituido por la administración centralizada, donde encontramos en la cúspide de la pirámide jerárquica al presidente de la República, al vicepresidente, ministros de Estado, viceministros y funcionarios menores.

El mismo autor refiere que el Organismo Ejecutivo del Estado es el que se encarga de la Administración Pública y de la prestación de servicios públicos que son el conducto por el cual el Estado realiza su finalidad, que es el bien común o bienestar general de los administrados.

Así también el mismo autor cita el artículo 182 de la Constitución Política de la República de Guatemala el cual regula: "Presidencia de la República e integración del Organismo Ejecutivo (...) El presidente de la República juntamente con el vicepresidente, los ministros, viceministros y demás funcionarios dependientes integran el Organismo Ejecutivo y tienen vedado favorecer a partido político alguno".



En el citado artículo se determina que las facultades de mando y decisión se concentran totalmente en el Organismo Ejecutivo, es decir, la función ejecutiva, ya que los representantes del pueblo a cargo de la Administración Pública se concentra en el presidente, vicepresidente, ministros, viceministros de Estado; el presidente de la República asume la jefatura del Estado y es el superior jerárquico en la Administración Pública guatemalteca”<sup>49</sup>.

La función ejecutiva de todos los funcionarios públicos que integran el Organismo Ejecutivo debe hacerse con total apego a la Constitución Política de la República y leyes del país y a su ley orgánica, se establece:

El artículo 1.º dice: “Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común” y el artículo 2o. “Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”.

#### Función legislativa

De acuerdo con la Constitución Política de la República de Guatemala que regula en los artículos del 157 al 202; el artículo 157 establece que: “La potestad legislativa

---

<sup>49</sup> CALDERÓN MORALES, Hugo H. **Derecho administrativo**. Tomo II. Pág. 5.

corresponde al Congreso de la República, compuesto por diputados electos directamente por el pueblo en sufragio universal y secreto, por el sistema de distritos electorales y lista nacional, para un período de cuatro años, pudiendo ser reelectos.

Cada uno de los Departamentos de la República de Guatemala, constituye un distrito electoral. El municipio de Guatemala forma el distrito central y los otros municipios del departamento de Guatemala constituyen el distrito de Guatemala. Por cada distrito electoral deberá elegirse como mínimo un diputado. La ley establece el número de diputados que corresponda a cada distrito de acuerdo con su población. Un número equivalente al veinticinco por ciento de diputados distritales será electo directamente como diputados por lista nacional.

En caso de falta definitiva de un diputado se declarará vacante el cargo. Las vacantes se llenarán, según el caso, llamando al postulado que aparezca en la respectiva nómina distrital o lista nacional, a continuación del último cargo adjudicado”.

El artículo citado determina que la función legislativa o autoridad de legislar corresponde únicamente al Congreso de la República, el cual se integra por los diputados, que son electos en comicios presidenciales, por lo que la función de legislar consiste en constituir, reglamentar, decretar, disponer, ordenar, dictar, emitir las leyes en el país. Nuevamente, al hablar de función pública como es legislar, los diputados se subordinan a las mismas leyes y a la Constitución Política de la República de Guatemala según los artículos 1 y 2.

## Función judicial

La función judicial se refiere a la administración de la justicia y el artículo 203 de la Constitución Política de la República, establece la independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar al regular que la justicia se imparte de conformidad con la Constitución Política de la República y las leyes de la República. La función judicial en Guatemala es ejercida por los magistrados, jueces de primera instancia, jueces de paz y árbitros judiciales.

Calderón Morales determina que la función jurisdiccional y su independencia es una garantía de la función administrativa pública dentro de un Estado de derecho, ya que es del Estado políticamente organizado quien delega la Administración Pública en los funcionarios y empleados públicos, y estos al mismo tiempo se someten a las leyes.

### **2.6. El funcionario público**

Queralt Jiménez, determina que "para los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. Se considerará funcionario

público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas, por lo tanto, quienes presten sus servicios en una entidad sometida a derecho público serán funcionarios públicos a efectos penales, independientemente de que su régimen, estatutario de persona no sea público”<sup>50</sup>.

De acuerdo con los artículos 3 y 4 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, se define al funcionario público, como *“aquellas personas investidas con funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, especialmente los dignatarios, autoridades, funcionarios y empleados públicos, sin perjuicio que se les identifique con otra denominación, que por elección popular, nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo presten sus servicios al Estado, sus organismos, los municipios, sus empresas y entidades descentralizadas y autónomas”*.

La ley específica que regula las relaciones en la Administración Pública y desarrolla los artículos 101, 107, 108 y 109 de la Constitución Política de la República de Guatemala, es la Ley de Servicio Civil, en el artículo 4 de este cuerpo legal, define al servidor público como *“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 ejecutarle una*

---

<sup>50</sup> QUERALT JIMÉNEZ, **Cuestiones básicas del delito de malversación**, Pág. 127.

*obra personalmente a cambio de un salario, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata de la propia Administración Pública”.*

El reglamento de la Ley de Servicio Civil, preceptúa lo relacionado al funcionario y empleado público, en el artículo 1 que establece: “Funcionario público, es la persona 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”.

así, el funcionario público es toda persona individual que desempeña una función pública, por designio de las leyes internas de nuestro país, no importando su forma de nombramiento; lo que sí importa es que dichas funciones están regidas por el derecho público, al servicio de la comunidad.

La Convención las Naciones Unidas Contra la Corrupción establece en el artículo 2 inciso a):

*Por “funcionario público” se entenderá: toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;*

De acuerdo con el numeral (I) el carácter de funcionario público lo posee toda persona que desempeñe cualquier cargo para el Estado de Guatemala, ya sea que reciba salario u honorarios, es decir, por contrato bajo el reglón 011, 022, 029.

Toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.

El numeral II determina que también se considera funcionario o empleado público a la persona que preste sus servicios ya sea profesionales o técnicos en los órganos del Estado o en las empresas estatales, no importando la naturaleza del contrato signado.

Toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por "funcionario público" toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.

De acuerdo al numeral III de la Convención la naturaleza de funcionario o empleado público radica en el desempeño de cualquier función o empleo público de un Estado Miembro".

El Decreto 31-2012 Ley Contra la Corrupción no contempla la definición específica de qué es un funcionario o empleado público, pero al ser el Estado de Guatemala parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción la cual se encuentra vigente desde el uno de junio de 2001, por lo cual de forma tácita dicha ley también contempla la definición de empleado y funcionario público. Ello tiene efecto en toda la República de Guatemala.

## **2.7. Requisitos legales de los funcionarios públicos**

De acuerdo con Calderón Morales, Hugo H., a la clasificación de la función pública los requisitos generales que se exigen para los funcionarios públicos son los que se regulan en la Constitución Política de la República y estos son:

### **Funcionarios ejecutivos**

La Constitución Política de la República establece en el artículo 185 los requisitos para optar a los cargos de presidente o vicepresidente de la República.

Podrán optar a cargo de presidente o vicepresidente de la República:

Los guatemaltecos de origen  
ciudadanos en ejercicio y  
mayores de cuarenta años.

Así también el artículo 196, de la Constitución Política regula los requisitos para ser ministro de Estado. Y requiere:

Ser guatemalteco;

hallarse en el goce de los derechos de ciudadanos; y

ser mayor de treinta años.

#### Funcionarios legislativos

El artículo 162 determina los requisitos para el cargo de diputado. Para ser electo diputado se requiere:

Ser guatemalteco de origen y

estar en el ejercicio de sus derechos ciudadanos.

#### Funcionarios judiciales

La Constitución Política de la República en el artículo 207 establece los requisitos para ser magistrado o juez y estipula que los magistrados y jueces deben ser:

Guatemaltecos de origen,

de reconocida honorabilidad,



estar en el goce de sus derechos ciudadanos y  
ser abogados colegiados.

Salvo las excepciones que la ley establece con respecto a este último requisito en  
relación con determinados jueces de jurisdicción privativa y jueces menores.

#### Funcionarios municipales

De acuerdo con el artículo 43 del Código Municipal los requisitos para optar al  
cargo de alcalde, síndico o concejal son:

- a) Ser guatemalteco de origen y vecino inscrito en el distrito municipal.
- b) Estar en el goce de sus derechos políticos.
- c) Saber leer y escribir.

Y el artículo 45 del mismo Código determina las prohibiciones. No pueden ejercer  
las funciones de alcalde, síndico o concejal:

- a) El inhabilitado judicialmente por sentencia firme por delito doloso o sujeto a auto de  
prisión preventiva.
- b) El que directa o indirectamente tenga parte en servicios públicos, contratos,  
concesiones o suministros con o por cuenta del municipio.
- c) El deudor por fianzas o alcances de cuentas a los fondos municipales.

d) Cuando exista parentesco dentro de los grados de ley entre los electos. Si el parentesco fuere entre el alcalde y uno de los síndicos o concejales, se tendrá por electo al alcalde. Si fuere entre otros miembros del Concejo Municipal, se tendrá por electo al síndico o concejal que tenga a su favor la adjudicación preferente, llenándose *ipso facto* la vacante que se produzca por ese motivo, en la forma que establece la Ley Electoral y de Partidos Políticos.

Si posteriormente a la elección el alcalde, el síndico o el concejal resultaren incluidos en cualquiera de las prohibiciones de este artículo, una vez comprobada plenamente, el Concejo Municipal declarará vacante el cargo y solicitará al Tribunal Supremo Electoral la acreditación del sustituto.

Como podemos apreciar, la Constitución Política de la República y el Código Municipal no exige mayores requisitos para ser un alto funcionario público, basándose en su régimen de gobierno que es democrático, lo cual a raíz del desconocimiento en la materia de los altos funcionarios públicos pone en riesgo la seguridad de los habitantes del país, ya que por negligencia o dolo muchos de ellos pueden actuar en perjuicio de nosotros mismos desatendiendo sus funciones principales, poniendo en riesgo la salud, educación, economía, seguridad pública, relaciones internacionales, etc.

## **2.8. Control de la Administración Pública**

La Constitución Política de la República de Guatemala regula en el artículo 221 la función del **Tribunal de lo Contencioso-Administrativo**. Su función es de contralor de la Administración Pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas.

Al analizar el artículo 221 de la Constitución Política de Guatemala se determina que la función principal del Tribunal de lo Contencioso Administrativo es controlar la estricta aplicación de las leyes de los funcionarios y empleados públicos en el ejercicio de sus funciones, ya que están al servicio del Estado y no de sus propios intereses.

Vemos, entonces, que todos los funcionarios públicos por alto que sea el puesto que desempeñen en la jerarquía estatal, están sometidos a las leyes de nuestro régimen jurídico, por lo tanto, en el ejercicio de sus funciones estatales se deben a estas.

### **2.8.1. Publicidad**

Rige la publicidad en los actos administrativos,; esta se encuentra regulada en la Constitución Política de la República en el artículo 30, el cual establece: "Todos los actos de la administración son públicos...".

Godínez Bolaños, explica que: "Esta es una de las formas de control más comunes y simples que existen, pero al mismo tiempo es una de las más efectivas, ya que a través de la transparencia de los actos administrativos los funcionarios públicos dejan a la vista la ejecución de sus funciones"<sup>51</sup>.

## **2.9. La responsabilidad de los funcionarios públicos**

De acuerdo con el artículo 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala, preceptúa lo relacionado a que los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado (Administración Pública). La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley, y no se podrá ejercer sin prestar previamente juramento de fidelidad a la Constitución Política de la República de Guatemala.

Sujetos de responsabilidad

La Constitución Política de la República de Guatemala establece en el artículo 155 la 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

---

<sup>51</sup> GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **El acto administrativo**. Pág. 10.

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.

Son sujetos de responsabilidad todas aquellas personas que están investidas de función pública, sean permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas. Conforme a lo que preceptúa el artículo 4 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, esta norma jurídica es extensiva a las personas que sirven en la Administración Pública y prestan sus servicios en el extranjero. De conformidad con el artículo 20 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos y el artículo 5 de su Reglamento (Acuerdo Gubernativo número 613-2005 del Presidente de la República de Guatemala, de fecha 23 de noviembre de 2005), están obligados a presentar declaración jurada patrimonial.

Por ello es necesario explicar el término responsabilidad y Osorio lo define como:  
*“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 responsabilidad, el autor del acto u omisión que haya generado una consecuencia que afecte a terceros, debe haber actuado libremente y en plena conciencia*<sup>52</sup>.

Cabanellas indica que: "Para que exista responsabilidad son necesarios tres requisitos: comportamiento dañoso, producción de daño, relación de causalidad.

a) Comportamiento dañoso: El origen de la responsabilidad se encuentra en el denominado comportamiento dañoso, en este sentido para que exista responsabilidad es necesario que se haya producido un acto humano al que se pueda considerar como consecuencia del daño, acto humano que se puede producir tanto por acción como por omisión. Por esta razón, es necesario determinar que el acto humano debe ser contrario a derecho, en esta materia, se debe distinguir si la responsabilidad es contractual o extracontractual.

b) Producción de daño: "El daño es la lesión o menoscabo de un bien o un derecho, el concepto de daño se debe dar cabida tanto a los daños patrimoniales, como a los daños morales"<sup>53</sup>.

El artículo 1434 del Código Civil establece que: "Los daños consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio... ". El daño patrimonial es aquel que afecta un bien o un derecho susceptible de valoración económica directamente, y

---

<sup>52</sup> OSORIO, M. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 672.

<sup>53</sup> CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario jurídico**. Pág. 194.

dentro de este concepto se encuentran comprendidos, tanto el daño emergente como el lucro cesante, siendo el primero el que en efecto se produce, mientras que el segundo es aquel cuya producción se deriva de dejar de obtener el beneficio correspondiente. Y el daño moral el que se produce sobre la dignidad u honra de la persona.

Así también Guillermo Cabanellas define la relación causal de la siguiente forma:

c) "La existencia de una relación de causalidad: Se viene exigiendo que entre el daño que se causa, y la conducta del agente productor del daño debe existir una relación de causalidad, es decir que el daño tenga su causa en el incumplimiento, y por el otro sujeto el derecho de exigir que el mismo sea indemnizado. Entendiéndose por causa el fin verdadero, lícito, moral y mediato que se busca en un contrato u obligación"<sup>54</sup>.

### **2.9.1. Clases de responsabilidad**

Los funcionarios públicos incurren en las siguientes responsabilidades: responsabilidad administrativa, responsabilidad penal, responsabilidad civil.

Responsabilidad administrativa

Es cuando la acción u omisión contraviene el ordenamiento jurídico administrativo y normas que regulan la conducta del funcionario público, asimismo, cuando se incurre

---

<sup>54</sup> *Op. cit.* Pág. 194.

en negligencia, imprudencia o impericia o bien incumplimiento de leyes, reglamentos, contratos y demás disposiciones legales, cuando no se cumpla con la debida diligencia de las obligaciones contraídas o funciones inherentes al cargo, así como por acción u omisión se cause perjuicio a los intereses públicos que tuviere encomendados y no ocasionen daños o perjuicios patrimoniales, o bien se incurra en falta o delito.

#### Responsabilidad penal

Se da origen a la responsabilidad penal cuando la decisión, resolución, acción u omisión realizada por las personas de conformidad con la ley penal o bien sean constitutivas de delitos o faltas. La responsabilidad penal es la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto por el derecho penal al deber de afrontar las consecuencias que impone la ley. Dichas consecuencias se imponen a la persona cuando se le encuentra culpable de haber cometido un delito o haber sido cómplice de este.

#### Responsabilidad civil nacida del ilícito

La exigencia de la misma requiere siempre la iniciativa del perjudicado o de sus causahabientes, que pueden limitarse a reclamar la reparación civil sin formular acusación penal; pero lo más frecuente, por el nexo entre una y otra, es que exijan a la par y ante el fuero criminal, sin excluir la demanda exclusiva ante la jurisdicción ordinaria entonces la cual posee varias características.



La acción u omisión delictiva, la castigada con una pena, produce casi inevitablemente un perjuicio material o moral, que merece ser reparado para satisfacer, junto con el interés social que se concreta en la sanción criminal, la lesión patrimonial o afectiva que la víctima o sus causahabientes experimenten. Aun aneja, posee naturaleza distinta, al punto de que, así como se considera hoy monstruoso que pague "un inocente por un culpable" en cuanto a la pena, la responsabilidad civil, alcanza a personas que no han cometido los hechos, como a los encubridores y a ciertos sujetos relacionados con los autores y responsables del delito o falta, ajenos en absoluto a los hechos, pero ligados a sus protagonistas por deberes más o menos reales de jerarquía o representación de interés

La responsabilidad civil nacida de delito se extingue de igual manera que las demás obligaciones civiles establecidas en el Código Procesal Penal, artículo 124, la de restitución se rige por las normas del obligado a entregar cosa determinada y, en su defecto, una genérica. Como la reparación y el resarcimiento se concretan en una suma de dinero, el pago, la remisión, y la prescripción son las tres causas principales de extinguirse esta responsabilidad.

La parte ofendida por un delito puede renunciar a exigir la responsabilidad civil, sin más que formular la consiguiente declaración expresa, o bien hacer caso omiso de ella durante el procedimiento penal común, y si no la exigiere en este queda a salvo su derecho de exigir la reparación civil en un proceso civil.

## 2.9. El antejuicio

Calderón Morales, Hugo, expone que es: "El derecho de antejuicio (de desafuero o de inmunidad) (...) un privilegio constitucional del que gozan determinados servidores públicos en el ejercicio de sus cargos, que impide que los mismos puedan ser juzgados ante los tribunales comunes, por la comisión de delitos o faltas, sin que previamente una autoridad competente declare que procede la persecución penal en su contra, después de agotado el respectivo procedimiento de antejuicio.

La Constitución otorga derecho de antejuicio al presidente, vicepresidente y fiscal general, y a los diputados, procurador general y el procurador de los derechos humanos, magistrados de las cortes Suprema de Justicia (CSJ) y de Constitucionalidad y del Tribunal Supremo Electoral, ministros y secretarios de la presidencia, entre otros. Los procedimientos de antejuicio contra estos funcionarios los conocen y resuelve el Congreso, a excepción de los antejuicios contra los diputados que le competen a la Corte Suprema de Justicia (CSJ). Quienes defienden la existencia del derecho de antejuicio sostienen que el desempeño de ciertos cargos públicos debe protegerse de imputaciones falsas y de venganzas políticas o personales; por el contrario, quienes se oponen alegan que bajo ningún punto de vista se justifican excepciones al principio de igualdad ante la ley ni garantía de impunidad alguna.

En todo caso, debe entenderse que la institución del antejuicio protege la función y no la persona del funcionario. Pretende preservar la estabilidad del desempeño del cargo público e impedir que el ejercicio de la función se vea perjudicada por el juzgamiento penal de quien temporalmente ocupa el cargo o por los acaecimientos políticos.

Asimismo, el antejuicio no prejuzga sobre el fondo de la acusación penal ni sienta carácter de cosa juzgada. La autoridad que conoce el procedimiento de antejuicio no juzga ni tampoco condena o absuelve, sino que se limita a declarar si ha lugar o no a formación de causa penal. Por consiguiente, al no haber juzgamiento ni sentencia (condenatoria o absolutoria) tampoco podría haber cosa juzgada.

Esto garantiza que la respectiva acción penal pueda replantearse después de que el funcionario hubiere cesado en sus funciones, en caso de que el antejuicio hubiere sido declarado sin lugar. Al respecto debe tenerse presente que la Constitución establece que la responsabilidad criminal de los funcionarios y empleados públicos se extingue por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena, que, por lógica, debe contarse a partir de que hubieren cesado en los cargos. Bajo ningún concepto podría concluirse que un antejuicio declarado sin lugar equivale a una absolución, porque no solamente se estaría desnaturalizando el

derecho de antejuicio, sino que también se estaría actuando en fraude de la Constitución”<sup>55</sup>.

Guillermo Cabanellas, lo define así: *“Trámite previo para garantía de jueces y magistrados y contra litigantes despechados o ciudadanos por demás impulsivos, en que se resuelve si ha lugar o no, proceder criminalmente contra tales funcionarios judiciales por razón de su cargo, sin decidir el fondo de la situación”*<sup>56</sup>.

El *Diccionario de la lengua española*, define al derecho de antejuicio así: *“Juicio previo y necesario para la incoación de una causa contra funcionarios públicos, jueces y magistrados”*<sup>57</sup>.

En el Manual del Fiscal, se determina que el antejuicio: *“Es una autorización necesaria para perseguir penalmente a las personas que gozan de dicho derecho. El derecho de antejuicio es otorgado por la Constitución Política de la República de Guatemala y las leyes de la República a ciertas personas, en función del cargo que ocupan o por aspirar electoralmente a los mismos”*<sup>58</sup>.

Cabanellas explica que: *“El antejuicio es una garantía para las personas que ejercen ciertos cargos públicos de especial relevancia, puedan desempeñar adecuadamente su trabajo, sin ser molestadas o desprestigiadas por denuncias o*

---

<sup>55</sup> CALDERÓN MORALES, Hugo H. *Op. cit.* Pág. 34.

<sup>56</sup> CABANELLAS, **Diccionario de derecho usual**. Pág. 186.

<sup>57</sup> **Diccionario jurídico de la lengua española**. Pág. 94.

<sup>58</sup> Ministerio Público de Guatemala, **Manual del fiscal**. Pág. 112.

*querellas sin fundamento. En el caso de los candidatos a cargo de elección popular se busca asegurar la libre elección y evitar el uso del proceso penal como arma electoral”<sup>59</sup>.*

Debemos considerar que dentro del sistema acusatorio, el cual inspira a nuestro actual Código Procesal Penal, se le otorga al antejuicio la calidad de obstáculo a la persecución penal. Ya que el artículo 293 de nuestra ley penal adjetiva, establece que cuando la persecución penal dependa de un juicio previo, el tribunal a pedido del Ministerio Público, solicitará el antejuicio a la autoridad correspondiente, con informe que justifique el pedido y las actuaciones originales.

Todo esto nos permite ir perfilando que, el antejuicio, si es aplicado conforme a la ley es una garantía adecuada, pero si es distorsionado, fácilmente se convierte en fuente de impunidad, corrupción e inaplicabilidad.

Cuando concluyen el trámite de las diligencias de antejuicio, la autoridad competente resolverá si procede o no el mismo, si no fuere procedente, se ordenará la desestimación y el archivo, lo cual no quiere decir que el proceso penal no pueda continuar en contra de los coimputados que no gozaren de tal beneficio o en su caso de los demás antejuiciados contra quienes se declara que ha lugar a formación de causa.

---

<sup>59</sup> Ministerio Público de Guatemala, **Manual del fiscal**. Pág. 114.

Es necesario determinar que la función pública está protegida por el antejuicio, ya que lo que persigue es darle credibilidad a las políticas administrativas estatales, que difícilmente un funcionario público se verá involucrado en actos criminales a razón de la administración de su cargo, por lo que si esto sucede se le castigará penalmente de acuerdo con figuras tipificadas en la ley penal Título XIII, Capítulo II del Código Penal vigente.

Este tipo de responsabilidad se presenta cuando el funcionario ha realizado una conducta que se tiene tipificada como delito en el Código Penal. Entre ellas podemos mencionar: el peculado, el cohecho, el prevaricato; o cuando exista por parte del servidor público un interés ilícito en la celebración de contratos, para provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones; o cuando tramite cualquier actuación contractual sin el cumplimiento de los requisitos legales o esenciales como la celebración o la liquidación del contrato, para obtener un provecho ilícito para sí mismo, para el contratista o para un tercero.

Es necesario que existan personas como funcionarios públicos, que sean personas honorables para desempeñar su función. Asimismo, que tengan conocimiento que los recursos del Estado asignados para una obra deben ser ejecutados para la misma, porque en todo caso se les podría iniciar una investigación penal por el delito de malversación, porque es necesario que el Estado funcione a través de sus órganos

administrativos para el beneficio de los ciudadanos y así se pueda lograr el bien común y lograr con ello cumplir con los fines del Estado de Guatemala.

## CAPÍTULO III

### DEL DOMINIO Y PROPIEDAD DE LOS BIENES

#### 3.1. Definición de propiedad

O sorio dice que la propiedad: *“Es la facultad o poder del que goza la persona para disponer de un bien ya sea mueble o inmueble”*<sup>60</sup>.

La propiedad es derecho real máximo del cual se desglosan la mayoría de los derechos reales consagrados en el derecho civil, de esto se desprenden facultades las cuales embisten al propietario, para que pueda usar, gozar y disponer de una cosa.

#### 3.2. Características de la propiedad

El derecho de propiedad tiene características que la hacen ser el máximo derecho real y la cual los diferencia de los demás derechos reales:

*Es un derecho real*

*Es absoluto*

*es exclusivo*

*es perpetuo.*

---

<sup>60</sup> OSORIO, Manuel, *Diccionario jurídico*, Pág. 455.



### 3.3. Facultades de la propiedad

Cuando definimos facultades hablamos de una aptitud, poder o derecho sobre algo o alguien. En este caso, la facultad es ya constituida sobre la cosa corporal e incorporal, la cual está dividida en:

“Uso (*ius utendi*) es la facultad de servirse de los frutos de los que se desprenda la cosa según su destinación natural, como por ejemplo el propietario de una casa, puede usarla.

Goce (*ius fruendi*) es la facultad de gozar de los frutos de la cosa, como por ejemplo el propietario de una casa puede percibir renta proviniendo de un arriendo.

Abuso (*ius abutendi*) es la facultad de hacer lo que quiera de la cosa con la limitante de no ir contra derecho ajeno no en contra de la ley.

Disposición (*ius arbitrio*) es la facultad de hacer lo que uno quiera de la cosa, pero a diferencia del *ius abutenti* (abuso), esta es de orden público, atribuyéndole facultades de impedimento sobre la libre enajenación de la propiedad”<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Diccionario jurídico de la lengua española. Pág.679.

### **3.4. Limitaciones de la propiedad**

Las limitaciones del derecho real de propiedad son contra la ley o contra derecho ajeno, las cuales se describen en los siguientes párrafos.

Limitaciones por el derecho ajeno: esta limitación apunta a el derecho de abuso (*ius abutenti*), la cual establece que nuestro derecho de abuso se limita cuando invadimos el derecho de otra persona; como por ejemplo: vivimos en un condominio y ponemos música a todo volumen, interrumpiendo la tranquilidad de los demás.

Limitaciones por la ley: esta limitación apunta a que el interés personal está por debajo del interés social, es decir, lo establecido por la ley está por encima de nuestros deseos, es menester establecer que la ley es la limitación más grande siendo esta la que regula este derecho real de manera arbitraria”<sup>62</sup>.

### **3.5. Formas de adquirir la propiedad de los bienes**

Mario Aguirre Godoy explica que “por regla general para adquirir un derecho personal basta el solo contrato o acto constitutivo. Por ejemplo, perfeccionado el contrato de compraventa, nace para el comprador el derecho de exigir al vendedor la tradición de la cosa. Pero tratándose de la adquisición y transmisión de los derechos reales, además del contrato o acto constitutivo es necesario, según la teoría tradicional,

---

<sup>62</sup> ROJINAS VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano**. Tomo 3. Pág. 123.

otro requisito, *un modo de adquirir*. Para que el comprador llegue a ser dueño de la cosa, no basta la celebración del contrato; es preciso también que el vendedor realice la tradición a favor del comprador”<sup>63</sup>.

#### Modos

Ossorio define los modos como “ciertos hechos materiales a los que la ley atribuye la virtud de hacer nacer o traspasar el dominio de las cosas. Además es el hecho de adquirir el dominio de las cosas para producir en concreto la adquisición del derecho a favor de otra persona”<sup>64</sup>.

#### Título

“Es el hecho que da la posibilidad o vocación para adquirir el dominio u otro derecho real; y el modo de adquirir es el hecho idóneo para producir en concreto la adquisición del derecho a favor de una persona. *Ejemplos: Compraventa, donaciones, permuta*”<sup>65</sup>.

Diez Picazo, explica que “existen diferentes modos de adquirir el derecho de los bienes y estos son:

Accesión

ocupación

sucesión

---

<sup>63</sup> AGUIRRE GODOY, Mario, **Derecho civil I**.- Pág.390.

<sup>64</sup> OSORIO, Manuel. **Diccionario jurídico**.- Pag.890.

<sup>65</sup> **Diccionario jurídico Espasa**.- Págs. 1376 y 1377.

tradición

prescripción adquisitiva

la ley.

La accesión

Es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella. Ejemplo: vacas lecheras, el segundo piso de una casa.

El Código Civil en el artículo 655, determina legalmente que se entiende por dominio del bien por accesión (frutos naturales y civiles). Los frutos naturales y civiles pertenecen al propietario de la cosa que los produce.

Así también, en el artículo 656 se nos explica que se entiende por frutos naturales. Son frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra, las crías de los animales y demás productos que se obtengan con o sin la industria del hombre. Y en el artículo 657 se determina que no se conceptúan frutos naturales sino los que están manifiestos, producidos o nacidos.

Esto nos ilustra claramente cuando alguien se puede obtener el dominio de algún bien de forma legal.

## La ocupación

Es el modo por el cual se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie y cuya adquisición no este prohibida por la ley y el derecho internacional. Por ejemplo: las conchas, piedras, en general las cosas animadas que no pertenecen a nadie.

## Prescripción adquisitiva de dominio

Es un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas por haberlas poseído durante cierto lapso, y concurriendo los demás requisitos legales.

Una persona que posea un bien, que por el tiempo que describa la ley puede adquirir el bien.

## La ley

Cuando la ley determina la forma de asignar un bien, por ejemplo: impuestos, Ley de Reforma Agraria, las sentencias y Código de Familia, etc."<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> DIEZ PICAZO. **Manual de derecho civil I.**- Pág. 993.

### 3.6. Clasificación de los modos de adquirir

Bernardo de Quirós nos determina "la clasificación de los modos de adquirir el derecho real de dominio sobre los bienes"<sup>67</sup>.

Originarios y derivativos

a título universal y singular

a título gratuito y oneroso

por actos entre vivos

por actos de última voluntad.

Originarios y derivativos

Originario: El modo de adquirir es originario cuando hace adquirir la propiedad independientemente de un derecho anterior de cualquiera otra persona (la ocupación, la accesión y la prescripción). Si bien la cosa, en este último caso, pertenecía antiguamente a otro dueño, este la perdió por prescripción adquisitiva del tercero, el prescribiente, y automáticamente cesa el dominio anterior naciendo el nuevo sin relación al antiguo. "*No existe un dueño anterior*".

---

<sup>67</sup> QUIROZ Bernardo. **Derecho civil**. Pág. 1135.

Derivativos: Es derivativo cuando hace adquirir una propiedad fundado en un precedente derecho que tenía otra persona. Ejemplo: accesión, tradición, sucesión por causa de muerte,

A título universal y singular

A Título universal

Es el modo por el cual se adquiere la universalidad de los bienes de una persona o una parte alícuota de ella, hace adquirir a una persona todo el patrimonio de otra o una cuota-parte de este patrimonio. *Ejemplo*: sucesión a causa de muerte.

A título singular

Es el modo por el cual se adquieren bienes determinados, hace adquirir determinado bien, determinado derecho o determinados bienes o determinados derechos. *Ejemplo*: la accesión, la ocupación, la tradición y la prescripción.

A título gratuito y oneroso

A título gratuito

Cuando el que se adquiere el dominio no hace sacrificio pecuniario alguno. *Ejemplo*: la ocupación.

A título oneroso

Cuando el adquirente de la adquisición del dominio le significa un sacrificio pecuniario. *Ejemplo:* La tradición (que también puede ser a título gratuito).

Por actos entre vivos y por actos de última voluntad.

Actos de última voluntad

Presuponen la muerte de la persona de la cual deriva el derecho. *Ejemplo:* sucesión.

Actos entre vivos

No presuponen la muerte. *Ejemplo:* la ocupación, la accesión, la tradición y la prescripción.

De la ocupación

“La ocupación es un modo de adquirir el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, mediante la aprehensión material de ellas, acompañada de la intención de adquirirlas, supuesto que la adquisición de esas cosas no este prohibida por las leyes patrias ni por el derecho Internacional.

Requisitos

Que se trate de cosas que no pertenecen a nadie.

Que su adquisición no esté prohibida por las leyes o por el derecho internacional.



Que haya aprehensión material de la cosa, con intención de adquirirla”<sup>68</sup>.

El Código Civil de Guatemala establece en el artículo 589 (Ocupación de muebles). Las cosas muebles o semovientes que no pertenecen a ninguno, pueden adquirirse por ocupación, de conformidad con lo dispuesto en leyes especiales.

En el artículo 590 del Código Civil prohíbe que bienes no se pueden adquirir el dominio por ocupación: “Los inmuebles no pueden adquirirse por ocupación. Los que no estén reducidos a propiedad particular pertenecen a la nación. Así también el artículo 591 (Muebles que pueden ser objeto de ocupación). Pueden ser objeto de ocupación las piedras, conchas y otras sustancias que se encuentran en las riberas del mar, de los ríos y arroyos de uso público y que no presentan señales de dominio anterior. También pueden ser objeto de ocupación las cosas cuya propiedad abandona voluntariamente su dueño.

La posesión es una forma de adquirir el dominio el Código Civil en el artículo 612 (Concepto de la posesión). Establece quién es poseedor: el que ejerce sobre un bien todas o algunas de las facultades inherentes al dominio. Así también el artículo 613 (Posesión temporal). El poseedor temporal en virtud de un derecho es poseedor inmediato, correspondiendo la posesión mediata a quien le confirió tal derecho.

---

<sup>68</sup> QUIRÓS, Bernardo. **Derecho civil**. Pág. 1135.

### 3.7. Definición de bienes

El *Diccionario de derecho usual*, al referirse a los bienes dice que “son aquellas cosas de que los hombres se sirven y con las cuales se ayudan. Son cosas de utilidad para el hombre, las que componen la hacienda, el caudal o la riqueza de las personas, también todos los objetos que, por útiles y apropiables, sirvan para satisfacer las necesidades humanas”<sup>69</sup>.

De acuerdo con este diccionario, cabe considerar como bienes todas las cosas, corporales o no, que pueden constituir objeto de una relación jurídica, de un derecho, de una obligación, o de uno y otra a la vez.

Legalmente, el término bien se define en el artículo 442 del Código Civil (concepto). Son bienes las cosas que son o puedan ser objeto de apropiación, y se clasifican en inmuebles y muebles.

Así también en el Código Civil, artículo 443 nos establece que bienes o cosa pueden ser objeto de dominio y propiedad: “(Cosas apropiables). Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley”.

---

<sup>69</sup> CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.* Pág. 270.

Y en el artículo 444 de la misma ley se nos explica que bienes no son objeto de dominio y propiedad particular: "(Cosas fuera del comercio). Están fuera del comercio por su naturaleza, las que no pueden ser poseídas exclusivamente por ninguna persona, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular".

Cabanellas, Guillermo dice que "su connotación es de utilidad, conveniencia, beneficio o provecho y bienestar, jurídicamente, se emplea cuando se habla de un bien mueble, inmueble o incorporal, aunque se prefiere emplear el plural (bienes) para referirse a cuanto puede constituir objeto de un patrimonio"<sup>70</sup>.

### **3.8. Naturaleza jurídica del bien**

La teoría del derecho divide los bienes en muebles e inmuebles, siendo necesario distinguir claramente cuál es la naturaleza jurídica de estos.

"Cabanellas distingue los muebles o bienes muebles los que, sin alteración alguna, pueden trasladarse o son trasladados de una parte a otra"<sup>71</sup>.

En cuanto a los muebles, el artículo 451 del Código Civil establece cuáles son considerados bienes muebles.

---

<sup>70</sup> CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.* Pág. 536.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

Manuel, Osorio define a los bienes inmuebles como "aquel bien que no puede ser trasladado de un lugar a otro y los divide de manera similar a la anterior"<sup>72</sup>.

Para Cabanellas los bienes son inmuebles por:

su naturaleza:

"Las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad".

Son inmuebles, por accesión:

"Las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad".

Son inmuebles, por su carácter representativo:

"Los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis"<sup>73</sup>.

De la misma forma, el Código Civil en el artículo 445, Decreto-Ley 106, establece cuáles son considerados legalmente los bienes inmuebles por su naturaleza.

---

<sup>72</sup> OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 108.

<sup>73</sup> CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.* Pág. 280.

### 3.9. Clasificación de los bienes

Para Cabanellas: "Los bienes admiten innumerables clasificaciones, de las cuales mencionaremos solo las principales a manera de ampliar el tema". En ese sentido, Cabanellas nos presenta la siguiente clasificación

Por razón a la persona a que pertenecen:

Bienes nacionales

Bienes de uso común

Bienes del uso no común.

De propiedad privada

Por su naturaleza:

Inmuebles (un terreno)

Muebles (un collar)

Corporales (un automóvil)

Incorporales (el derecho a cobrar un seguro)

Fungibles (un ladrillo)

No fungibles (el manuscrito de *El Quijote*)

Consumibles (una manzana)

No consumibles (una finca rústica).

Por su importancia:

Principales (una explotación agrícola)

Por su existencia:

Presentes (un predio que se tiene actualmente)

Futuros (la cosecha venidera).

Por su divisibilidad:

Divisibles (un terreno, una cantidad de dinero)

Indivisibles (un caballo, un reloj).

Por la posibilidad de enajenarlos:

Enajenables (todos los no prohibidos)

Inalienables o de comercio ilícito (las drogas fuera de aplicaciones médicas)"<sup>74</sup>.

El artículo 590 del Código Civil, establece: "Los inmuebles no pueden adquirirse por ocupación, los que no estén reducidos a propiedad particular pertenecen a la nación".

El Código Civil, en el artículo 457, al regular los bienes del Estado, prescribe que "los bienes del dominio del poder público pertenecen al Estado o a los municipios y se dividen en bienes de uso público común y de uso especial". Esta división que de los bienes hace nuestra ley sustantiva, omite señalar expresamente qué son y cuáles son.

---

<sup>74</sup> CABANELLAS, Guillermo, *op. cit.* Pág. 270.

Los bienes de uso no común que están definidos en el artículo 459 del Código Civil, Decreto-Ley 106, son:

- 1.º Los que están destinados al servicio del Estado, de las municipalidades y de las entidades estatales descentralizadas, y los demás que constituyen su patrimonio;
- 2.º Los de uso público cuando dejen de serlo de hecho o por virtud de una ley;
- 3.º Los ingresos fiscales y municipales;
- 4.º El subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y los minerales antes de ser extraídos, así como cualquiera otra sustancia orgánica o inorgánica del subsuelo;
- 5.º Los terrenos baldíos y las tierras que no sean de propiedad privada;
- 6.º Los que habiendo sido de propiedad particular queden vacantes, y los que adquiera el Estado o las municipalidades por cualquier título legal;
- 7.º Los excesos de propiedad rústicas o urbanas, de conformidad con la ley; y
- 8.º Los monumentos y reliquias arqueológicas; y
- 9.º Lo que el mar arroje y no tengan dueño conocido (artículo 671 del Código Civil).

Por lo expuesto se puede determinar cuando una persona adquiere legalmente el dominio de un bien atendiendo su naturaleza u origen, para que de acuerdo con sus funciones se distinga claramente si ese bien le pertenece o no.

### 3.10. Afectación y desafectación de los bienes del Estado

La afectación y desafectación de los bienes del Estado es un acto administrativo mediante el cual un bien se destina a un servicio público concreto a cargo de determinado órgano administrativo; asimismo, desafectación podemos entenderla como lo contrario de afectación, ya que los bienes inmuebles se desafectan al dejar de ser de utilidad al órgano administrativo.

Para Morfín y Montenegro, "los bienes del dominio público son susceptibles de desafectarse en virtud de la ley, para convertirse en bienes que pasan a la categoría de bienes patrimoniales del Estado o de bienes privados"<sup>75</sup>.

Y el artículo 124 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: "Enajenación de los bienes nacionales. Los bienes nacionales solo podrán ser enajenados en la forma que determine la ley, la cual fijará las limitaciones y formalidades a que deba sujetarse la operación y sus objetivos fiscales.

Las entidades descentralizadas o autónomas, se regirán por lo que dispongan sus leyes y reglamentos".

Así también, el artículo 459 numeral 2º, del Código Civil, establece cómo se afectan los bienes del Estado. Y el artículo 463 del Código Civil, Decreto-Ley 106, establece:

---

<sup>75</sup> MORFÍN y MONTENEGRO. **Gestión del patrimonio del Estado**. Pág. 28.



el traspaso de los bienes del dominio público de uso común al patrimonio del Estado o de los municipios deberá hacerse llenándose los trámites que señala la ley y reglamentos respectivos. Para el efecto, debemos distinguir entre afectación y desafectación; la primera se da cuando un bien patrimonial pasa a formar parte del dominio público; y la segunda cuando un bien deja de ser de dominio público y pasa a ser patrimonial, esta condición debe ser claramente determinada por la ley o por una resolución dictada por la entidad estatal.

### **3.11. Formas de adquirir los bienes del Estado**

De acuerdo con la ley las formas de adquirir bienes inmuebles por parte de las entidades estatales, autónomas, semiautónomas o descentralizadas, pueden ser:

Por disposición de la ley (son propiedad del Estado, todos los bienes inmuebles, con excepción de los reducidos a propiedad particular);

Adquisición a título gratuito (donaciones de particulares, sucesiones vacantes);

Adquisición a título oneroso (compra, donación, adjudicación en pago, expropiaciones, etc.);

Adjudicación de bienes del Estado (decomisos, disposiciones de órganos del Estado, etc.);

Por desafectación (desafectación de bienes a favor de una dependencia o entidad estatal, para trasladarlos a otra);

Cualquier otro mecanismo lícito que incorpore bienes inmuebles al patrimonio inmobiliario del Estado.

### **3.12. La propiedad**

La doctrina moderna tiende a concebir el derecho de propiedad con abstracción de la facultad que lo caracteriza, pero enmarcándolo en su totalidad. De lo anterior se extraen varias definiciones.

Puig Peña lo define como "el derecho por el que una cosa pertenece a una persona y está sujeta a esta de modo universal"<sup>76</sup>.

El Código Civil en el artículo 464 define el derecho de propiedad como "el derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes".

La anterior definición legal nos permite distinguir que la persona tiene la propiedad o dominio de un bien, la ley le señala las limitaciones a la misma en cuanto al ejercicio de su derecho de propiedad dándole las obligaciones y derechos que cumplir y exigir, según las circunstancias para disfrutar de este derecho.

---

<sup>76</sup> PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. Tomo II, Pág. 283.

Rojinas Villegas define la propiedad diciendo que es “el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto”<sup>77</sup>.

### **3.13. Naturaleza jurídica de la propiedad**

Castan Tobeñas expone que es “la relación jurídica existente de la persona con una cosa, debido a que no se puede concebir la propiedad de un objeto ajeno si no entra a escena la persona. Ya que este señorío unitario, independiente y cuando menos universal sobre una cosa, depende exclusivamente del derecho subjetivo de una persona sobre algo, es decir es la capacidad de dominio y disposición que la persona tiene sobre un bien”<sup>78</sup>.

Con esto se determina que si una persona adquiere legalmente la propiedad de un bien, tiene la facultad de disponer de ella, libremente, siempre en observancia a las mismas leyes, por lo que si hay infracción a la ley, hay daños a otras personas, por lo que debe responder legalmente por ello.

---

<sup>77</sup> ROJINAS VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil**. T. II. Pág. 78.

<sup>78</sup> CASTÁN TOBEÑAS. **Derecho civil español común y foral**. Pág. 127.

### 3.14. Modos de extinción de la propiedad

Sánchez Román clasificó las formas o modos de extinguir la propiedad y en voluntario e involuntarios o forzosos.

Los modos voluntarios

Estos pueden determinar la extinción de una manera directa, como la transmisión por acto unilateral o bilateral. De igual manera, el abandono o renuncia, o de una manera indirecta, como sucede, por ejemplo, con el acto injusto voluntario que llevara consigo la pérdida del dominio.

Los modos involuntarios o forzosos

Puig Peña explica que "aquí se pueden citar, a modo de ejemplo, la muerte del sujeto, la extinción total fortuita de la cosa, las acciones rescisorias, el acto del Estado y la pérdida de la propiedad por ministerio de la ley"<sup>79</sup>.

"La escuela francesa, distingue los diferentes modos extintivos de la propiedad, dependiendo si los efectos que se produzcan pueden ser absolutos o relativos.

---

<sup>79</sup> P U I G P E Ñ A , Federico. *O p . c i t .* P á g . 2 8 6 .

Modos absolutos, los que producen la extinción del derecho, sin que pueda revivir en otra persona, desapareciendo para siempre y para todos.

Entre los modos absolutos de la extinción del dominio se encuentra en primer lugar, la destrucción física o material de la cosa objeto de este derecho, y en segundo término, la destrucción jurídica, integrada por la salida de la cosa fuera del comercio de los hombres.

Los modos relativos, son aquellos por cuya virtud deja de pertenecer la propiedad a su actual propietario, para pasar a un tercero.

Entre los modos relativos de extinción del dominio tenemos:

la enajenación;

la ley;

cuando la voluntad del poder público lo determina;

cuando la voluntad del propietario determina la extinción; y

cuando la voluntad del anterior dueño es la causa de la extinción del dominio”<sup>80</sup>.

La ley sustantiva vigente Decreto-Ley 106, no expresa las razones por las que puede extinguirse la propiedad, únicamente indica que con respecto a la copropiedad la misma puede cesar; el artículo 503 del Código Civil, expresa: “La copropiedad cesa

---

<sup>80</sup> *Ibidem*.

por la división de la cosa común, por su pérdida, destrucción o enajenación; y por la consolidación o reunión de todas las cuotas en un solo copropietario”.

Todas las personas tienen el derecho de tener la propiedad de sus bienes y disponer de los mismos, en cualquier momento y de cualquier forma, toda vez tengan la capacidad de ejercicio, pero cuando las personas particulares desempeñando el cargo de funcionarios utilicen los bienes del Estado con fines distintos a los creados se puede iniciar una persecución penal por el delito de malversación, pero es de hacer notar que el Estado no se puede extinguir bienes a sí mismo, porque los recursos se utilizaron de manera distinta para el beneficio social, por ejemplo, se utilizan los fondos destinados para la construcción de una carretera, pero por la necesidad social se construye una escuela, los recursos fueron utilizados de manera correcta pero de manera ilegal, por lo que los funcionarios tendrían que gestionar ante las autoridades competentes y demostrar la necesidad de utilizar los recursos de



## CAPÍTULO IV

### LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

#### 4.1. Antecedentes

El proyecto de ley respecto a la reforma de la Constitución de Colombia del año 1991, que relata la acción de extinción de dominio, surge en Colombia, debido a que en dicho país en los últimos años se ha sufrido una pérdida de valores sociales como producto de la búsqueda del dinero fácil, promovida por organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico y lavado de activos. Es por ello que el gobierno decide buscar instrumentos jurídicos que eviten que los patrimonios adquiridos ilícitamente se incrementen y se ve forzado a crear herramientas como la extinción del dominio de bienes ilícitamente adquiridos, con el fin de imponer una sanción de naturaleza pecuniaria que de alguna forma le permita al Estado desarticular la delincuencia organizada ejerciendo la acción civil de reparar el daño que se le ha causado. Según la Constitución Política colombiana del año 1991, se instituyó, en el apartado segundo del artículo 34, “el deber poder del Estado de declarar por sentencia judicial la 4ta. Extinción del dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. En Colombia inicia el proyecto de una Ley de Extinción de Dominio en el año de 1996, con la aprobación de la ley 333, lo cual incluye entre sus antecedentes el artículo quinto de la Convención de Viena, que refiere a la figura de extinción del dominio y al derecho agrario, lo cual se refiere a la pérdida de la propiedad de tierras ociosas. Por tal razón



en Colombia se determinó que se puede declarar en comiso el dominio de los bienes adquiridos mediante un enriquecimiento ilícito<sup>81</sup>.

#### **4.1.1. Objeto de la ley en Colombia**

De acuerdo con el proyecto de reforma de la Constitución de Colombia se determina los siguientes fines: Contar con la posibilidad legal de perseguir eficazmente el lucro mal habido, y puedan perseguir los bienes lícitamente adquiridos cuando no fuere imposible localizar los obtenidos por medios ilícitos, recogiendo así el concepto de bienes equivalentes, contenido en la Convención.

- Extinguir el dominio de los bienes sucedidos por causa de muerte, que terminaban legitimados al ser transmitidos al patrimonio de los herederos.
- Disponer de una acción de carácter legal con la cual se hiciera predicable de manera que su expedición no legalizara fortunas hechas sin arreglo a las leyes civiles ni consolidara situaciones jurídicas ilícitas existentes con anterioridad a su vigencia.

Extinguir derechos de propiedad legalmente sobre bienes de origen ilícito, sin necesidad que mediara la sentencia penal sobre la responsabilidad del titular.

---

<sup>81</sup> Proyecto de Ley por el cual se desarrollan los artículos 34 y 58 de la Constitución Política de Colombia en materia de Extinción de Dominio [www.minjusticia.gov.co/prov/minjusti/dom-mot.htm](http://www.minjusticia.gov.co/prov/minjusti/dom-mot.htm)

#### 4.1.2. Objeto de la ley en México

El 18 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación de la República Mexicana la reforma constitucional en materia de justicia penal, en ella se establece el artículo 22, en la cual se crea la figura de la extinción del dominio. Previo a esta reforma, el artículo 22 establecía la prohibición de la confiscación determinando la naturaleza de esta figura en forma de excepción, al instituir que no tendría el carácter de confiscación: a) Cuando fuese decretada para el pago de multas o impuestos; b) Cuando fuese decretada por la autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito; c) Cuando se decretase con motivo del enriquecimiento ilícito planteado por el artículo 109 constitucional y d) En los casos de abandono de bienes.

Los avances tecnológicos en materia de comunicaciones, así como la globalización comercial y cultural, han traído no tan solo beneficios para las sociedades sino también circunstancias que han favorecido el crecimiento de la delincuencia organizada, terrorismo, narcotráfico, trata de seres humanos, tráfico de armas, etc., a través de grupos delincuenciales que han sabido expandir sus fronteras<sup>82</sup>.

Entre los países que han suscrito la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se encuentra México,

---

<sup>82</sup> MÜLLER CREEL, Oscar A., **La extinción de dominio en la legislación mexicana. Su justificación jurídico-valorativa**, Pág. 126.

por ende, se considera una norma vigente en dicho país, estableciéndose en ella reglas relacionadas con la figura de extinción de dominio.

En el artículo 2 de la Ley de Extinción de Dominio de México, se definen los conceptos que se manejan en el texto del tratado, definiéndose al decomiso como la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente. En el artículo 22 de la Constitución mexicana se regulan las figuras de confiscación y de decomiso. La diferencia entre ambas figuras ha sido determinada por la práctica judicial mexicana, estableciendo que la confiscación implica una apropiación autoritaria y carente de legitimidad respecto de la totalidad de los bienes de una persona.

Por su parte, el decomiso es una sanción derivada de la violación a las normas de tenor prohibitivo respecto de los bienes que tienen relación con la conducta criminal; la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de la República Mexicana regula al decomiso de la siguiente manera en el artículo 4: Sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se comentan, al miembro de la delincuencia organizada se le aplicarán las penas siguientes: En todos los casos a que este artículo se refiere, además, se decomisarán los objetos, instrumentos o productos del delito, así como los bienes propiedad del sentenciado y aquellos respecto de los cuales este se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

La iniciativa para modificar el sistema penal mexicano fue presentada por el Ejecutivo federal el 9 de marzo de 2007, y en ella se mencionan circunstancias

relativas a la necesidad de adecuar la legislación de dicho país a la experiencia y normatividad internacional. De los antecedentes descritos, es necesario aclarar que en materia internacional, de la legislación contra la delincuencia organizada en México, se deriva de la conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Trasnacional Organizada celebrada en Nápoles, Italia, en 1994, en tanto que la convención internacional en la que se fundamentó la república de Colombia es del año 2000<sup>83</sup>.

#### **4.1.3. Objeto de la ley en Guatemala**

Surge a través de la ratificación de convenios y tratados internacionales en su lucha contra el crimen organizado por lo cual citamos los más importantes que dan origen a la Ley de Extinción de Dominio:

Convención Única de las Naciones Unidas de 1961 y su Protocolo 1972

En ellas los Estados se obligan a establecer normas de fiscalización respecto de sustancias estupefacientes, a modificar la esfera de fiscalización siempre que ello sea forzoso, a adoptar las medidas legislativas y administrativas que puedan ser necesarias para... c) limitar exclusivamente la producción, la fabricación, la exportación, la importación y distribución, el comercio, el uso y la posesión de estupefacientes a los fines médicos y científicos"<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> Manual de Extinción de Dominio Pág.33.

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988

Este instrumento es el más importante ya que constituye la persecución de los dineros ilícitos adquiridos a través del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, dotando a los Estados Partes, de una herramienta eficaz para enfrentar ya no solo a esta forma de delincuencia, si no otras formas de delincuencia transnacional, pues el mercado de las drogas ilícitas es el mercado que moviliza las mayores cantidades de recursos y tiene el carácter de atravesar todas las fronteras. Con el objeto de poner freno a las proliferaciones de capitales ilícitos, bajo principios como el de cooperación internacional, respeto a la soberanía e integridad regional, así como la no intervención en los asuntos interno de otras naciones. Los artículos más importantes son: 3, 5, 7<sup>85</sup>.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional 2000

"Firmado en la ciudad de Palermo Italia en el año 2000 y su objeto es enfrentar de manera colectiva la delincuencia organizada que se acrecienta y fortalece en zonas de conflicto o en Estados débiles y vulnerables causando serios problemas de orden

---

<sup>85</sup> *O p. cit.* Manual de Extinción de Dominio. Pág. 34.

transnacional, ya que es una medida de control transnacional para un problema igualmente transnacional"<sup>86</sup>.

#### Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción 2003

Esta convención determina que la corrupción es una conducta tan grave como el terrorismo y tráfico ilícito de estupefacientes por lo que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba esta convención conocida también como la Convención de Mérida la cual viene a fortalecer la coordinación y cooperación entre entidades internacionales comprometidas en la lucha contra la corrupción. Ya que los actos de soborno son producto de la delincuencia organizada para el cumplimiento de sus fines, conducta que afecta y atenta contra la seguridad y el desarrollo sostenible de la sociedad<sup>87</sup>.

Las 40 recomendaciones del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Lavado de Activos) en sus recomendaciones 12 y 16, las que van relacionadas al lavado de activos en los Estados Parte.

Como podemos establecer, estas normas internacionales dieron origen a la creación de la Ley de Extinción de Dominio en Guatemala Decreto 55- 2010, con el afán de evitar la proliferación de actos ilícitos como medio de lograr el dinero fácil con el objeto de resguardar la seguridad sostenible de la sociedad.

---

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

#### **4.2. Objeto de la extinción de dominio**

De acuerdo al Dto. 55-2010, se establece el objeto principal de la acción, la identificación, localización, recuperación, repatriación de los bienes y la extinción de los derechos relativos al dominio de los bienes, ganancias, frutos, productos o permutas de origen o procedencia ilícita o delictiva a favor del Estado;

El procedimiento exclusivo para su efectivo cumplimiento;

La competencia y facultades de las autoridades para la ejecución de la ley; las obligaciones de personas jurídicas o individuales que se dedican al ejercicio de una profesión o actividades susceptibles de ser utilizadas para la transferencia, uso, ocultamiento y circulación de bienes producto de la criminalidad, actos delictivos o ilícitos;

Los medios legales que permiten la intervención de las personas que se consideren afectadas por la aplicación de la presente ley.

Por lo que se establece que la acción de extinción de dominio es un instrumento legal que implica la pérdida del derecho real que por excelencia tiene la libre disposición del bien, cuya adquisición proviene de una fuente ilícita, y el Estado, es quien debe ejercitar la acción a su favor, en razón de la ilicitud del dinero o forma de adquisición de los bienes y sin ninguna contraprestación económica para su titular.

#### 4.3. Naturaleza jurídica

El artículo 5 de la Ley de Extinción de Dominio regula que es de naturaleza

Jurisdiccional

Patrimonial

De carácter real

Independiente de cualquier otro proceso

Procedimiento autónomo.

Procede contra:

- Quien aparezca como titular de cualquier derecho real, de crédito, principal o accesorio
- Cualquiera de los bienes descritos en esta ley
- Quien esté ejerciendo la posesión sobre los bienes
- Quien se ostente, comporte o se diga propietario, a cualquier título.

De acuerdo con el Decreto 55-2010, por lo establecido en su artículo 5 se determina que la naturaleza jurídica de la ley de extinción de dominio es pública, ya que afecta el derecho real como lo es la propiedad de los bienes con el objeto de erradicar la delincuencia organizada ya que se enriquecen indebidamente a causa del mal ajeno, atentando contra el desarrollo sostenible de la sociedad. Ello le permite al Estado



ejercer la acción para afectar los derechos reales de las personas que los obtienen como producto de actividades ilícitas, aunque al momento de adquirir dichos bienes sea de manera lícita<sup>88</sup>.

#### **4.4. Finalidad de la extinción de dominio**

Müller dice que: "Es contrarrestar legalmente la delincuencia organizada, si bien no ataca directamente a la misma, sí los bienes que de ella se obtienen, a través de una política criminal que persigue contrarrestar los actos delictivos para evitar el enriquecimiento ilícito que se adquiere a través de actos nocivos ilícitos hacia la misma sociedad"<sup>89</sup>.

En Guatemala, esta ley tiene como finalidad normar legalmente el procedimiento para extinguir el derecho de dominio a toda persona tanto individual como jurídica, sobre bienes inmuebles y muebles que hayan obtenido o que se deriven de actividades ilícitas todo ello para favorecer al estado de Guatemala. Así también se persigue la identificación, localización, recuperación, repatriación de los bienes y la extinción de los derechos relativos al dominio de los mismos así como las ganancias, frutos, productos, rendimientos o permutas de origen o procedencia ilícita o delictiva a favor del Estado.

---

<sup>88</sup> Manual de extinción de Dominio.- Pág. 131.

<sup>89</sup> *Ibidem*.

#### **4.5. Concepto de la extinción de dominio**

En el Decreto 55- 2010 en el artículo 2 literal d) conceptualiza la extinción de dominio como: “La pérdida a favor del Estado, de cualquier derecho sobre los bienes mencionados en la literal b) del presente artículo , y que se encuentren dentro de las causales estipuladas dentro de la presente ley, cualquiera que sea su naturaleza y clase, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular o cualquier persona que ostente o se comporte como tal”.

Por lo que se entiende como un procedimiento legal que sirve para eliminar el dominio de las personas sobre bienes que se han obtenido a consecuencias de actividades ilícitas.

#### **4.6. Características de la extinción de dominio**

Algunos juristas mexicanos como Juan Pozos Jarra, Neófito López Ramos y Mariano Suárez Reyes determinan que “esta acción se caracteriza por: ser autónoma, distinta e independiente de cualquier otra de naturaleza penal que se haya iniciado simultáneamente, de la que se haya desprendido, o en la que tuviera origen, sin perjuicio de los terceros de buena fe”<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> POZOS JARRA, Juan; LÓPEZ RAMOS, Neófito Y SUÁREZ REYES, Mariano. Lexcorp, Abogados. Pág. 1.

De acuerdo con el Manual de Extinción de Dominio esta acción se caracteriza porque:

“Es autónoma porque no depende del procedimiento legal iniciado en contra de la persona sindicada de los delitos estipulados en la norma para accionarla.

Es independiente porque se puede ejercitar y terminar aun cuando el procedimiento penal del sindicado o cualquier otro procedimiento judicial no haya concluido.

Es distinta de cualquier otra acción judicial que pudiera ejercitarse sin afectar los bienes sujetos a la acción de extinción de dominio”<sup>91</sup>.

#### **4.7. Autonomía de la extinción de dominio**

En el artículo 7 de la Ley, Decreto 55-2010, se determina la autonomía de dicha acción ya que es imprescriptible, distinta e independiente de la persecución y responsabilidad penal.

La muerte del titular del derecho o de la persona que se haya beneficiado o lucrado con bienes, frutos, ganancias o productos mencionados en la presente ley, no extinguirá el ejercicio de la acción, ni la hace cesar, suspender o interrumpir.

---

<sup>91</sup> *O p. cit.* Pág. 130.

#### **4.8. Delitos en los que procede la extinción de dominio**

De acuerdo con el artículo 2 del Decreto 55-2010 para la aplicación de la presente ley se deben entender los siguientes términos:

a) Actividades ilícitas o delictivas: Se entenderán por actividades ilícitas o delictivas que darán lugar a la aplicación de la presente ley, las acciones u omisiones tipificadas como delitos, cometidos por la delincuencia común o por la organizada, siguientes:

a.1 Tránsito internacional; siembra y cultivo; fabricación o transformación; comercio, tráfico y almacenamiento ilícito; promoción y fomento; facilitación de medios; transacciones e inversiones ilícitas; asociaciones delictivas; procuración de impunidad o evasión; promoción o estímulo a la drogadicción; encubrimiento real y encubrimiento personal, contenidos en el Decreto Número 48-92 del Congreso de la República, Ley Contra la Narcoactividad.

a.2 Lavado de dinero u otros activos, contenido en el Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República, Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos.

a.3 Ingreso ilegal de personas, tránsito ilegal de personas y transporte de ilegales, contenidos en la Ley de Migración, Decreto Número 95-98 del Congreso de la República.

a.4 Financiamiento del terrorismo y trasiego de dinero, contenidos en la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo, Decreto Número 58-2005 del Congreso de la República.

a.5 Peculado; malversación; concusión; fraude; colusión; cohecho pasivo y activo; evasión; cooperación en la evasión; evasión culposa; asesinato, cuando se realice por precio, recompensa, promesa o ánimo de lucro; plagio o secuestro; estafa propia, cuando el agraviado sea el Estado; estafa mediante información contable, cuando el agraviado sea el Estado; trata de personas; extorsión; terrorismo; intermediación financiera; quiebra fraudulenta; fabricación de moneda falsa; alteración de moneda, introducción de moneda falsa o alterada; contenidos en el Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, Código Penal y sus reformas.

a.6 La defraudación aduanera y el contrabando aduanero, contenidos en el Decreto Número 58-90 del Congreso de la República. Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros y sus reformas.

a.7 Conspiración, asociación ilícita; asociación ilegal de gente armada; entrenamiento para actividades ilícitas; comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en el territorio nacional; exacciones intimidatorias; obstrucción extorsiva de tránsito y obstrucción de justicia, contenidos en el Decreto Número 21-2006 del Congreso de la República, Ley Contra la Delincuencia Organizada".

Como podemos darnos cuenta, el mismo artículo 2 de la Ley de Extinción de Dominio define y determina los tipos penales por los que se deben de iniciar la acción de extinción de dominio de bienes. En lo referente al presente estudio nos enfocamos únicamente a la literal a.5, ya que efectivamente se establece el tipo penal de la malversación.

#### **4.9. Causales para ejercer la acción de extinción de dominio**

El artículo 4 de la Ley de Extinción de Dominio Decreto 55-2010, establece las causales de procedencia de la extinción de dominio. "Son causales de acción de extinción de dominio, las siguientes:

Cuando el bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita o delictiva realizada en territorio nacional o en el extranjero.

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 ilícitas o delictivas previstas en la presente Ley, y que exista información razonable de que dicho incremento tiene origen o se deriva de actividades ilícitas o delictivas anteriores a la acción de extinción de dominio, o de las personas que hayan podido lucrar o beneficiarse de los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas provenientes, que se originen o

deriven de actividades ilícitas o delictivas, en cualquier tiempo, sin que demuestren suficiente y fehacientemente el origen lícito de los mismos.

Cuando los bienes o negocios de que se trate, hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas o delictivas, correspondan al objeto del delito o que se pueda demostrar preponderantemente que vayan a ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo. En el caso de los bienes o negocios que correspondan al objeto del delito, se entenderá que son aquellos que no pertenezcan a la víctima o al agraviado, o que se le deban restituir.

Cuando los bienes, frutos, productos o ganancias de que se trate, provengan de la enajenación o permuta de otros que, a sabiendas o debiéndolo presumir razonablemente, tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas o delictivas.

Cuando los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas de que se trate, hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destino ilícito, no hayan sido objeto de investigación o habiéndolo sido, no se hubiese tornado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.

Cuando en un proceso penal exista la información suficiente y probable, de que los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas de que se trate, provengan de actividades ilícitas o delictivas:

f.1) Se haya declarado judicialmente el archivo o la desestimación de la causa cuando no se pueda proceder, la rebeldía, la extinción de la persecución o de responsabilidad penal, el sobreseimiento, la clausura provisional o el criterio de oportunidad.

f.2) No se pueda identificar al sindicado.

f.3) El sindicado, condenado o procesado, en caso de fuga, se haya sustraído a la persecución penal o a la pena.

Cuando los derechos de que se trate, recaigan sobre bienes o negocios de procedencia lícita pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar, encubrir, incorporar o mezclar bienes de procedencia ilícita o delictiva.

Cuando se hayan abandonado los bienes, recursos, elementos y medios de transporte utilizados para la comisión de un hecho delictivo o actividad ilícita, siempre que no pertenezcan a un tercero de buena fe sin culpa ni simulación de negocio.

En los casos de presunción previstos en el artículo 46, Presunción, de la Ley Contra la Narcoactividad, Decreto Número 48-92 del Congreso de la República y sus reformas.



Cuando se trate de bienes de una sucesión hereditaria, si el causante adquirió dichos bienes por actividades ilícitas o delictivas.

En los casos de omisión o falsedad en la declaración jurada, prevista en el artículo 25, Declaración, de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República y sus reformas.

Por condena penal dictada en el extranjero por delito de narcotráfico, lavado de dinero, enriquecimiento ilícito o delincuencia organizada, cuando existan bienes o productos en el territorio nacional y la autoridad judicial competente del país de que se trate no los haya oportunamente reclamado, se declararán a favor del Estado de Guatemala. Procederá la declaración a favor del Estado extranjero cuando así lo pida una autoridad competente de otro país o un organismo internacional, conforme el artículo 8 de la presente ley.

En cualquiera de las causales enumeradas del presente artículo, el afectado estará facultado para ejercer sus derechos, en particular, a probar a través de los medios idóneos y suficientes, los fundamentos de su oposición y legitimar su actuación y acreditar el interés con que actúa<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> Manual de Extinción de Dominio. Pág. 130.

#### **4.10. Ente encargado para ejercer la acción de extinción de dominio**

En Guatemala, de acuerdo con el artículo 12 del Decreto 55-2010 del Congreso de la República establece que es: "El fiscal general, directamente o a través de los agentes fiscales designados, son los responsables de dirigir y realizar la investigación para establecer y fundamentar la concurrencia de una o más de las causales de extinción de dominio, de iniciar y promover la acción correspondiente. De acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, podrá conformar unidades especiales para la investigación y el ejercicio de la acción de extinción de dominio o atribuirla a cualquiera de las secciones existentes. De igual manera, el ministro de Gobernación conformará las unidades especiales de la Policía Nacional Civil que cooperarán y coordinarán en la investigación con el Ministerio Público.

Sin importar la cuantía del asunto, corresponde a los tribunales competentes, según determine la Corte Suprema de Justicia, tramitar y proferir la resolución que declare la extinción de dominio.

Los actos y diligencias judiciales realizados o autorizados con anterioridad por los jueces de paz, de primera instancia, municipales o departamentales, conservarán su plena validez, siempre que no sean contrarios a las disposiciones de la presente Ley"<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> *O p. cit.* Pág. 132.

Así también el artículo 13 de la misma ley determina que el inicio de la acción de extinción de dominio se iniciará y ejercerá de oficio por el fiscal general o el agente fiscal designado, cuando estime que la investigación proporciona fundamento serio y razonable sobre la concurrencia de una o más de las causales contenidas en el artículo 4 de la presente ley, ante los tribunales competentes, según determine la Corte Suprema de Justicia.

#### **4.11. Procedimiento de la extinción de dominio**

El artículo 14 de la Ley de Extinción de Dominio determina la excepción del procedimiento estipulado en el artículo 25 de la presente ley, en los casos de omisión o de falsedad en la declaración jurada prevista en el artículo 25, Declaración de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República, el Ministerio Público iniciará la acción de extinción de dominio sin más trámite y el juez competente emitirá la resolución sobre la procedencia o no, de la pérdida definitiva a favor del Estado del dinero o documentos incautados, luego de haber dado la oportunidad en un plazo de ocho (8) días, contados a partir de la incautación, a toda persona que reivindique un derecho sobre ese dinero o documentos para demostrar su procedencia lícita. La procedencia ilícita podrá inferirse de los indicios y circunstancias objetivas del caso.

Cuando dicha procedencia lícita no se demuestre, o que la persona interesada no haya comparecido en ese plazo, el juez, con base en la prueba aportada por el

Ministerio Público, dictará la sentencia correspondiente y declarará la extinción de dominio sin más trámite. Contra dicha sentencia solo procederá el recurso de apelación regulado en el artículo 25 de la presente ley.

En caso no proceda la declaratoria de extinción de dominio, en un plazo no mayor de tres (3) días de dictada la resolución y sin previa notificación, el juez, bajo su estricta responsabilidad, certificará lo conducente a la Superintendencia de Administración Tributaria, para los efectos impositivos legales que haya lugar. En ningún caso, la acción de extinción de dominio impedirá la investigación por el delito de lavado de dinero u otros activos, o de cualquier otro delito.

El artículo 25 Decreto 55-2010, establece el procedimiento. El trámite de la acción de extinción de dominio se cumplirá de conformidad con las reglas siguientes:

1. Si concluida la investigación, existen fundamentos serios para iniciar la acción de extinción de dominio, el fiscal general requerirá al procurador general de la nación la delegación a él o al agente fiscal por él propuesto, para el ejercicio de la misma. El procurador general de la nación emitirá, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes de recibida la solicitud, la resolución necesaria para designar y delegar al agente fiscal el ejercicio de la acción en nombre del Estado. Dicha resolución deberá notificarse, dentro de las siguientes veinticuatro (24) horas, al fiscal general y al agente fiscal designado.

Procedimiento:

Concluye etapa de investigación

Inicia acción (se presenta petición de extinción de dominio)

Juez tiene 24 horas para dictar resolución (admitir/rechazar)

3 días para notificar a las partes o (si la notificación no puede efectuarse, el notificador fijará la cédula en la dirección señalada)

2 días después de la notificación, el juez emplazará a las partes, señalando día y hora para que las partes comparezcan a la audiencia

Audiencia oral

Se abre el proceso a prueba por 30 días, concluido el periodo de prueba,

El juez señala día y hora para la Vista

Vista por 10 días

Sentencia

Sentencia es apelable (no suspende proceso)

Las excepciones e incidentes se pueden interponer únicamente en la audiencia oral y serán resueltas en sentencia

No procede recurso de casación<sup>94</sup>.

2. La acción de extinción de dominio se iniciará por el fiscal general o el agente fiscal designado, en un plazo no mayor de dos (2) días, ante juez o tribunal competente, exponiendo para esos efectos:

a. Los hechos en que fundamenta su petición.

---

<sup>94</sup> *Ibidem*.

b. La descripción e identificación de los bienes que se persiguen, así como la causal en la que se fundamenta la extinción del dominio.

c. El nombre, los datos de identificación y la dirección de residencia o de negocios de las personas que podrían tener interés en el asunto, o las razones que imposibilitan la identificación de las mismas.

d. El ofrecimiento de las pruebas conducentes. Cuando se trate de prueba documental, y fuere el caso, se indicará el lugar o archivo en donde se encuentre, para que el juez o tribunal competente ordene su remisión al agente fiscal del caso.

Dentro de las veinticuatro (24) horas de presentada la petición de extinción de dominio, el juez o tribunal competente que conozca de la misma dictará resolución admitiéndola a trámite y haciendo saber a las personas interesadas o que pudieren resultar afectadas, del derecho que les asiste para comparecer a juicio oral y del apercibimiento en caso de no hacerlo. La resolución será notificada al fiscal general, al agente fiscal designado y al procurador general de la nación, el mismo día en que se haya dictado.

Toda decisión jurisdiccional se tendrá por comunicada en el momento de la audiencia oral en que se emita, sin necesidad de acto posterior alguno. Las citaciones y convocatorias a audiencias se podrán realizar de la forma más expedita, sea por teléfono, fax, correo electrónico u otra forma que facilite y asegure la realización de la audiencia.

En caso de error u omisión en la redacción y formalidades en la petición de extinción de dominio, el juez o presidente del tribunal mandará a subsanarlos, pero no podrá suspender, interrumpir ni hacer cesar el procedimiento. El agente fiscal designado enmendará los errores dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la notificación.

Si no se hubiere hecho con anterioridad, el juez o tribunal competente decretará, en la misma resolución de admisión a trámite, las medidas cautelares necesarias que aseguren la ejecución de la sentencia, las que se ordenarán y ejecutarán antes de ser notificada la resolución a la parte interesada.

Dentro de los tres (3) días de dictada la resolución de admisión a trámite, se notificará a las personas interesadas o que pudieran resultar afectadas, en la dirección de residencia o negocio que de ellas se conozca, dejando la cédula de notificación a quien habita la residencia o encargado del negocio, identificándolos plenamente. En caso de desconocerse dirección alguna, la notificación se hará por los estrados del tribunal y se ordenará su publicación de conformidad con el numeral 8 del presente artículo. Dichas notificaciones tendrán valor y surtirán los efectos legales correspondientes, tal como la notificación personal.

Si la notificación no pudiere efectuarse por cualquier razón, el notificador fijará la cédula en la dirección señalada, en lugar visible del inmueble relacionado, razonando en acta tal circunstancia y haciéndolo saber inmediatamente al juez o tribunal que conozca de la causa, quien ordenará en tal caso, por medio de edicto y de manera

sucinta, la información necesaria acerca de la identificación y clase de proceso de que se trate, que identifiquen al expediente relacionado. La publicación se hará en el diario oficial y en uno de los diarios de mayor circulación del país, por dos veces, dentro de un período que no exceda de cinco (5) días.

Dentro de los dos (2) días después de la notificación a la que se hace referencia en los numerales que anteceden, el juez o tribunal emplazará a las partes, señalando día y hora para la audiencia, que se celebrará en un plazo no mayor de diez (10) días contados a partir de la resolución. A dicha audiencia comparecerán pudiendo manifestar oralmente su oposición o medios de defensa, interponer excepciones y proponer todos los medios de prueba. La no comparecencia de una de las partes a la audiencia tendrá como consecuencia la declaratoria de rebeldía, a solicitud del Ministerio Público.

En caso de que sea declarada la rebeldía, el juez o tribunal nombrará un defensor judicial, de entre los abogados del Instituto de la Defensa Pública Penal, para hacer valer algún derecho durante el proceso y mientras no comparezca el declarado rebelde.

La única excepción previa que se podrá interponer es la de falta de personalidad, la cual deberá ser resuelta dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la audiencia mencionada en el numeral anterior. Contra la resolución que resuelva la excepción se podrá interponer el recurso de apelación, el cual se tramitará y resolverá de conformidad con lo previsto en el párrafo quinto del artículo 22 de la presente ley. La apelación no suspenderá el procedimiento de extinción de dominio.



Resuelta la excepción previa o celebrada la audiencia prevista en el numeral 9 del presente artículo, según corresponda, el juez o tribunal abrirá a prueba el proceso por un plazo de treinta (30) días, prorrogable excepcionalmente por el término de la distancia o cuando sin culpa del interesado no hayan podido practicarse las pruebas pedidas en tiempo. El ofrecimiento, admisibilidad y diligenciamiento de cada medio de prueba se realizará de conformidad con lo previsto para dicha materia en el Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República. El plazo de prueba se declarará vencido si las pruebas ofrecidas por las partes se hubieren practicado o hubiere transcurrido el plazo sin que las partes hayan aportado sus pruebas.

En la primera audiencia, el Ministerio Público podrá ampliar su escrito inicial, para cuyos efectos se suspenderá la audiencia señalada, pudiendo el juez o tribunal prorrogarla por una sola vez, señalándola nuevamente dentro de un plazo que no exceda de ocho (8) días y las partes quedarán así notificadas.

Vencido o concluido el período de prueba, el juez o tribunal señalará día y hora para la vista, la cual será notificada verbalmente el día del último diligenciamiento, misma que deberá celebrarse en un plazo no mayor de diez (10) días. En ella, las partes emitirán sus conclusiones en el siguiente orden: Ministerio Público, procurador general de la nación.

Una vez concluida la vista, el juez o tribunal citará directamente a las partes para dictar sentencia dentro de un plazo que no exceda de diez (10) días, en la cual deberá resolver las excepciones, incidentes, nulidades, la declaración de extinción de dominio y todas las demás cuestiones que deba resolver conforme a la presente ley. La valoración de la prueba se realizará de conformidad con la sana crítica razonada y el principio de la preponderancia de la prueba o balanza de probabilidades. La sentencia se leerá en la misma audiencia y valdrá como notificación para todas las partes.

En contra de la resolución o sentencia, solo procede el recurso de apelación por inobservancia, interpretación indebida o errónea aplicación de la presente ley, el cual se deberá interponer ante el juez o tribunal que dictó la misma, dentro de los tres (3) días siguientes de notificada; esta será admitida o rechazada dentro de un plazo de dos (2) días contados a partir de su recepción. De ser admitida, se remitirá a más tardar al día siguiente de la resolución a la sala respectiva, sin necesidad de notificación. El recurso deberá ser resuelto dentro de los quince (15) días siguientes a aquel en que el expediente llegue a la sala de apelaciones.

La apelación no suspenderá ninguna de las medidas decretadas por el juez o tribunal competente para garantizar la extinción de dominio.

La sala de apelaciones emplazará a los interesados para que comparezcan a la audiencia oral para que expongan sus argumentos y conclusiones, la cual se fijará dentro del plazo de quince días siguientes a aquel en que el expediente haya llegado a

la sala. La resolución se dictará en la misma audiencia conforme a las reglas de la sana crítica razonada. Si por la hora y complejidad del asunto no sea posible dictar sentencia, se señalará nueva audiencia oral que deberá celebrarse a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes a la primera audiencia, lo cual será informado verbalmente a las partes en la misma audiencia y valdrá como notificación para todos.

La lectura de la sentencia tendrá lugar de notificación, con los efectos legales pertinentes. Los interesados recibirán en la misma audiencia copia de la sentencia.

En la sentencia, la sala de apelaciones confirmará, modificará o anulará la resolución de primera instancia; sin embargo, no podrá revisar de nuevo o hacer mérito de las pruebas, ni de los hechos que el juez o tribunal hayan declarado probados.

La realización y cumplimiento de todas las notificaciones y publicaciones previstas para el procedimiento, se realizarán bajo la responsabilidad personal del juez del caso o del presidente del tribunal competente. El oficial notificador dará preferencia a estas notificaciones sobre cualquier otra. La negligencia o inobservancia de los plazos de notificación y publicación serán consideradas falta gravísima y motivo suficiente de destitución, independientemente de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

En la tramitación del recurso de apelación regirán las mismas reglas para la notificación del procedimiento en primera instancia previstas en el presente artículo,

cuando sea pertinente. Contra lo resuelto por la Sala no cabe ningún recurso, ni el de casación.

Como se determina en la Ley de Extinción de Dominio, esta acción está sujeta a un debido proceso que no se puede alterar ni cambiar en su forma descrita en la norma referida, ya que tiene los principios jurídicos que la sustentan son nulidad *ab initio* y el principio de prevalencia. Ya que el objeto del proceso de extinción de dominio es independiente y diferente del proceso penal, ya que en este lo que se busca es establecer el nexo de relación entre los bienes o el patrimonio a extinguir como producto de cualquiera de las actividades ilícitas que establece el artículo 2 de la Ley de Extinción de Dominio y alguna de las causales estipuladas en el artículo 4 de la referida ley a fin de que el juez emita una sentencia que declare la procedencia de la extinción de dominio del patrimonio investigado a favor del Estado dado el carácter ilícito de que contiene el mismo.

La extinción de dominio tiene como objetivo que el Estado de Guatemala recupere los bienes que han sido adquiridos de forma ilícita con los fondos del Estado, es decir, por funcionarios que hayan utilizado los recursos para adquirir bienes a título personal, apropiándose de esa forma de los mismos, es por ello que el Estado se protegió al crear el Decreto Número 55-2010, Ley de Extinción de Dominio, para evitar que personas se dediquen a lo ilícito y así puedan crear una fortuna con fondos del Estado.



## CAPÍTULO V

### LA INAPLICABILIDAD DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN

#### 5.1. Origen de la Ley de Extinción de Dominio

De acuerdo con el informe de la Comisión Internacional Contra la Impunidad de Guatemala (CICIG), se determina que:

En Guatemala, el 4 de noviembre de 2010, se presentó el proyecto de la Ley de Extinción de Dominio, ante el Congreso de la República, que es una herramienta fundamental de lucha contra el crimen organizado, flagelo del cual no escapa Guatemala, así como de la acción de las estructuras criminales incrustadas en el Estado, que actualmente operan en el país, siendo publicada en el Diario de Centro América el 29 de diciembre del 2010; la cual entrará en vigencia seis meses después de su publicación. Guatemala comenzó como un país de tránsito de estupefacientes, pero ya tiene problemas de consumo de drogas, porque parte del pago de este negocio ilícito ya no se hace con dinero en efectivo sino con la misma droga, y esto provoca que las bandas criminales guatemaltecas la vendan en su territorio para obtener las ganancias. A ello se suma una tradición de corrupción y estructuras criminales, situación por la cual es necesario implementar una serie de herramientas, entre ellas la Ley de Extinción de Dominio, para atacar el poder económico de esas organizaciones criminales y lograr su desarticulación. Para que se apruebe la Ley de Extinción de Dominio (iniciativa 4021, pendiente de la aprobación final en el Congreso de la

República) en Guatemala, se aprueba la Ley Contra el Lavado de Dinero y otros Activos Decreto Numero 67-2011; con el objeto de prevenir, controlar y sancionar, entre otros, el lavado de dinero así como la creación de la Intendencia de Verificación Especial (IVE), lo cual es importante para el país, así como lo ha sido para países como Colombia, México, Perú y Ecuador, en donde se ha demostrado que la referida normativa ha golpeado a las organizaciones criminales al privarlas del usufructo y propiedad de los bienes que han sido adquiridos de manera ilícita. Actualmente, el crimen organizado se ha sofisticado más. No es el que se conocía hace 30 o 40 años, y las ganancias que ha logrado acumular son de grandes dimensiones, situación que obliga de manera urgente que los gobiernos de la región impulsen herramientas legales que permitan combatir a los grupos criminales. De esta manera se les restará su poder, el cual radica principalmente en el manejo de grandes cantidades de dinero en detrimento de los principios que una sociedad necesita para desarrollarse y solidificarse<sup>95</sup>.

Por ello, es de vital importancia la aprobación de esta norma, ya que permite que el Estado de Guatemala pueda legalmente decretar a su favor las propiedades y bienes, que hayan sido adquiridos a través de actividades ilícitas derechos reales que se encuentran registrados a favor de personas que se han enriquecido en el ejercicio de este tipo de actividades, la referida norma tiene como principal objeto contrarrestar el poder económico de estas organizaciones criminales por medio del proceso de

---

<sup>95</sup> Informe CICIG; Guatemala (<http://cicig.org/index.php?pag=Ley-de-extinción-de-dominio>).

extinción de dominio y luego estos recursos serían utilizados por las instituciones del Estado para combatir eficientemente a las organizaciones y estructuras criminales, desestimulando la idea de que el delito no es castigado, y se contaría con los mismos para destinarlos a actividades en beneficio de la sociedad.

## **5.2. Objeto de la Ley de Extinción de Dominio**

El Decreto 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala, en su artículo 1. Establece que las disposiciones de la presente ley son de orden público y de interés social.

Esta ley tiene por objeto regular:

La identificación, localización, recuperación, repatriación de los bienes y la extinción de los derechos relativos al dominio de los mismos, así como de las ganancias, frutos, productos, rendimientos o permutas de origen o procedencia ilícita o delictiva, a favor del Estado.

El procedimiento exclusivo para el cumplimiento efectivo de la presente ley; la competencia y facultades de las autoridades respectivas para la ejecución de la presente ley.



Las obligaciones de las personas individuales o jurídicas que se dedican al ejercicio de una profesión o actividades susceptibles de ser utilizadas para la transferencia, uso, ocultamiento y circulación de los bienes producto de actividades ilícitas o delictivas; y los medios legales que permiten la intervención de las personas que se consideren afectadas por la aplicación de la presente ley.

Al analizar el primer ítem que determina la Ley de Extinción de Dominio en su artículo 1, se establece que el objeto principal de la misma es la expropiación de bienes, así como de las ganancias, frutos, productos, rendimientos o permutas de origen o procedencia ilícita o delictiva, a favor del Estado, al considerar el delito de malversación regulado en el Código Penal, artículo 447, del análisis del tipo contenido en la norma penal citada se comprueba que dicha figura penal consiste en darle una aplicación o uso diferente a los caudales, efectos o bienes del Estado, por lo que se cae en una contradicción de la Ley de Extinción de Dominio, al aplicarla en el delito de malversación pugna con su objeto.

La contradicción de ambas normas citadas consiste en que el funcionario público ha dado una aplicación o uso diferente a los caudales, efectos o bienes que administre; pero estos bienes siguen siendo del Estado, el funcionario público solo los administra en forma distinta a la que estaban destinados. La contradicción o antinomia se deriva de la interpretación literal o textual de ambas normas porque de acuerdo con el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial establece que así se interpreta la ley, por lo cual

considero importante el análisis de ambas normas jurídicas con el objeto de comprobar la inaplicabilidad de la Ley de Extinción de Dominio en el delito de malversación.

### **5.3. Elementos materiales de aplicación de la Ley de Extinción de Dominio**

De acuerdo con los juristas mexicanos Pozos Jarra, Juan; López Ramos, Neófito y Suárez Reyes, Mariano para la debida aplicación de la Ley de Extinción de Dominio esta debe constituirse por elementos materiales que le dan paso a la acción de extinción de dominio y ellos son:

#### **Elementos materiales**

- a) La existencia de un hecho ilícito que configure el tipo de delincuencia organizada, contra la salud, secuestro, robo de vehículos o trata de personas;
- b) La existencia de los bienes que sean instrumento, objeto o producto del delito o que no lo sean, pero que hayan sido utilizados o destinados para ocultar o mezclar bienes producto del delito; y,
- c) La existencia de elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió, aunque no haya sentencia que determine la responsabilidad penal.

Por lo cual, del análisis de lo citado por los juristas mexicanos y de la conducta ilícita de malversación, regulada en el artículo 447 del Código Penal, se considera que por la naturaleza del referido delito, no se dan los elementos materiales constituyen una conducta propia o derivada de la delincuencia organizada, así también se debe considerar que la existencia de los bienes no es el instrumento directo para la comisión del delito ya que no pueden mezclarse u ocultarse los mismos como producto del delito, pues son propiedad del Estado; y la existencia de la conducta ilícita del funcionario público consiste únicamente en dar una aplicación o uso distinto a los bienes a los que estaban destinados .

Refieren, además, los juristas Pozos J. Juan; López R. Neófito y Suárez R. Mariano, que “si la acción de extinción de dominio tiene por objeto bienes utilizados por un tercero para la comisión de delitos, la acción se constituye de los siguientes elementos:

- a) La existencia de un hecho ilícito relativo a delincuencia organizada, contra la salud, secuestro, robo de vehículos o trata de personas;
- b) Que el bien haya sido utilizado por un tercero, para la comisión de alguno de esos delitos; y,
- c) Que el dueño haya tenido conocimiento de esa utilización del bien para la comisión del delito y que no lo haya notificado a la autoridad o (pudiendo hacerlo) no haga algo para impedirlo”<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> POZOS JARRA, Juan; LÓPEZ RAMOS, Neófito y SUÁREZ REYES, Mariano. Lexcorp, Abogados. Pág. 2.

De la referida cita se determina claramente que la acción se constituye de elementos básicos, que de faltar uno de ellos no se puede, ni debe, aplicar la Ley de Extinción de Dominio, ya que debe existir el hecho ilícito derivado o relativo a la delincuencia organizada, por lo cual la conducta ilícita reprochable en el artículo 447 del Código Penal no es una conducta derivada de la delincuencia organizada; el segundo elemento de la acción de la conducta típica descrita en la norma citada se determina que es necesaria la intervención de un tercero para la comisión de un delito propio de la delincuencia organizada; y el tercer elemento de la acción se presume que el dueño del bien haya tenido el conocimiento de la utilización del mismo para la comisión del delito, lo cual pugna con el delito de malversación ya que el dueño de los bienes, caudales y efectos administrados es el Estado de Guatemala, de ahí la inaplicabilidad de la Ley de Extinción de Dominio en la malversación.

de acuerdo con los juristas mexicanos Pozos J. Juan; López R. Neófito y Suárez R. Mariano indican que: "La Ley de Extinción de Dominio establece que los elementos materiales del bien o bienes afectados pueden ser:

- a) Bienes muebles e inmuebles que no estén excluidos del comercio; y,
- b) Todo derecho real o personal, sus objetos, frutos y productos susceptibles de apropiación que actualicen las hipótesis siguientes:

b.1 Sean objeto, instrumento o producto de un hecho ilícito de delincuencia organizada, contra la salud, secuestro, robo de vehículos o trata de personas;

b.2 Que alguno de esos bienes no siendo objeto, instrumento o producto del delito haya sido utilizado por un tercero para ocultar o mezclar bienes producto del delito;

b.3 Que estén siendo utilizados para la comisión de los referidos delitos, si su dueño tiene conocimiento de ello y no lo informa o haga algo para impedirlo; y,

b.4 Que se trate de bienes que estén registrados a nombre de un tercero, pero se acredite que son producto de la comisión de dichos delitos y quien haya participado en estos se ostente como su dueño"<sup>97</sup>.

De lo expuesto se determina que para lograr la efectividad de la Ley de Extinción de Dominio es necesario puntualizar aquellos delitos en los que esté involucrada la delincuencia organizada, delitos contra la salud (la narcoactividad), secuestro, robo de vehículos o trata de personas. Por ello, al analizar los delitos en contra de los que se puede promover la acción de extinción de dominio en Guatemala, pugna contra el delito de malversación pues la conducta ilícita no es producto de la delincuencia organizada y, por lo tanto, no se da ninguno de los elementos de materiales, elementos de la acción del ilícito propio de la delincuencia organizada, y los bienes afectados no son producto de alguna de las conductas ilícitas como trata de personas, comercio o tráfico de drogas o estupefacientes, secuestro, etc., propios de la delincuencia organizada, así también los bienes que se utilizan para cometer el ilícito son propiedad del Estado.

---

<sup>97</sup> *Ibidem*.

#### 5.4. Elementos personales de la aplicación de la Ley de Extinción de Dominio

Los juristas mexicanos Juan Pozos, Suárez y López señalan que “los elementos personales como objeto de la acción de extinción de dominio” son:

La delincuencia organizada (estructura en la organización delictiva, como los jefes o cabecillas, mandos medios).

El sujeto activo del delito de narcoactividad, secuestro, robo y trata de personas; entendiéndolo a este como el ejecutor de la acción delictiva.

Los colaboradores como los cómplices, que facilitan la ejecución del ilícito

Al analizar la Ley contra la Delincuencia Organizada Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, artículos 1 y 2, determina que se debe comprender como delincuencia organizada:

Artículo 1. Objeto y naturaleza. La presente ley tiene por objeto establecer las conductas delictivas atribuibles a los integrantes y/o participantes de las organizaciones criminales; el establecimiento y regulación de los métodos especiales de investigación y persecución penal así como todas aquellas medidas con el fin de prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia organizada de conformidad y con lo dispuesto en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales suscritos y ratificados por Guatemala, y leyes ordinarias.

Y el artículo 2 del Decreto 21-2006 define que: *“es un grupo delictivo organizado u organización criminal. Para efectos de la presente ley se considera grupo delictivo organizado u organización criminal, a cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente, con el propósito de cometer uno o más de los delitos siguientes”*:

De los contenidos en la Ley Contra la Narcoactividad: tránsito internacional; siembra y cultivo; fabricación o transformación; comercio, tráfico y almacenamiento ilícito; promoción y fomento; facilitación de medios; alteración; expendio ilícito; receta o suministro; transacciones e inversiones ilícitas; facilitación de medios; asociaciones delictivas; procuración de impunidad o evasión;

De los contenidos en la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos: lavado de dinero u otros activos;

De los contenidos en la Ley de Migración: ingreso ilegal de personas, tránsito ilegal de personas, transporte de ilegales;

De los contenidos en la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo: financiamiento del terrorismo y trasiego de dinero;

De los contenidos en el Código Penal:  
Peculado, malversación, concusión, fraude, colusión y prevaricato;

Evasión, cooperación en la evasión, evasión culposa;

Asesinato, plagio o secuestro, hurto agravado, robo agravado, estafa, trata de personas;

Terrorismo;

Intermediación financiera, quiebra fraudulenta, fabricación de moneda falsa, alteración de moneda, introducción de moneda falsa o alterada;

De los contenidos en la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros: contrabando aduanero y de la defraudación aduanera.

De los contenidos en la presente ley:

Conspiración, asociación ilícita, asociación ilegal de gente armada, entrenamiento para actividades ilícitas, uso ilegal de uniformes o insignias, obstrucción de justicia; comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en el territorio nacional;

Exacciones intimidatorias, obstrucción extorsiva de tránsito.

Lo anterior, con la finalidad de obtener, directa o indirectamente un beneficio económico o de cualquier índole para sí o para tercero.

Por grupo estructurado se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.



Junto con los considerandos de la Ley de Extinción de Dominio, observamos que el objeto principal de ambas leyes es contrarrestar la delincuencia organizada, por medio de un procedimiento legal de expropiación de bienes que hayan sido obtenido como productos de actividades ilícitas, ahora bien, la Ley Contra La Delincuencia Organizada establece que dicha organización delictiva debe haber sido formada con anterioridad a la perpetración del o los ilícitos penales, por lo que al analizar ambas leyes el delito de malversación, nuevamente, nos enfocamos que dicho tipo penal debe ser cometido por un funcionario público que debió llenar requisitos legales para optar al cargo, surgiendo aquí la antinomia legal ya que pugna con lo preceptuado en ambas leyes, hacemos especial énfasis en La Ley de Extinción de Dominio ya que es sobre esta que versa el presente análisis. Además, el funcionario público sindicado de malversación por razón de su cargo desempeña una actividad lícita y reglamentada, y mantiene una relación de disposición de los bienes bajo su administración, precisamente para cumplir con sus funciones públicas encomendadas. El elemento sancionado en el delito de malversación es precisamente darle un destino diferente a los bienes, dentro de su administración, pues de lo contrario estaríamos frente a otros tipos penales, por lo que existe esta antinomia legal que no permite la aplicación del proceso de extinción de dominio en el delito de malversación.

## **5.5. Elementos a considerar del delito de malversación, por la inaplicabilidad de la Ley de Extinción de Dominio**

Tal como se mencionó, Juan Máximo Pérez Velázquez<sup>98</sup> determina que existen elementos que constituyen el tipo de malversación que se deben tomar en cuenta para sancionarlos siendo:

### a) Elemento subjetivo

Pérez Velázquez determina que llama la atención que el tipo penal descrito en la norma penal no establece como elemento subjetivo el ánimo de lucro en la conducta de apoderamiento del bien. La conducta es de dolo, ello es importante precisarlo por la forma comisiva de consentir esta tiene que ser la voluntad manifiesta del sujeto especial, que deja de realizar de manera consciente algunos de los deberes que le vienen impuestos por su función, para así permitir la aplicación distinta a la que originalmente estaba destinado.

---

<sup>98</sup> PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Máximo. **El delito de malversación. Principales deficiencias en el ejercicio de la acción penal, su necesidad de perfeccionamiento.** Pág. 45.

b) La penalidad

El tipo penal descrito en la ley establece en algunas legislaciones una sanción mixta y/o una pecuniaria, por lo que se encuentra en el rango de una sanción media que posibilita la restricción de libertad en algunas legislaciones más una sanción pecuniaria y en otras legislaciones solo la sanción pecuniaria incluso la aplicación en los casos correspondientes de una sanción sustitutiva, que no conlleve el internamiento.

En Guatemala, la sanción o pena regulada es de prisión y de multa el artículo 447 del Código Penal regula que la sanción debe ser aumentada en una tercera parte si con ocasión al delito se ocasiona daño a un servicio público; también la norma citada establece que se aumentara la pena de dos terceras partes si los bienes, efectos o caudales públicos estuviesen destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

Del análisis de la norma penal citada lo que se castiga es la arbitrariedad de las funciones asignadas, ya que por la misma se ocasionó daño en un servicio público o se dejó de dar asistencia social.

c) Tipo cualificado

El tipo cualificado viene dado por la cuantía de los bienes desviados, elevando la pena a una sanción de privación de libertad, o cuando los bienes son de considerable valor cuya cuantía es superior, en algunas legislaciones la polémica radica en el cumplimiento del principio de racionalidad de las penas, toda vez que, cuando la cuantía pudiera aumentar, cambiaría la calificación del mismo elevando el marco penal en su límite mínimo a una pena excesiva”<sup>99</sup>.

d) Tipo privilegiado

De acuerdo con Juan Pérez, este tipo se caracteriza por la disminución en el valor de los bienes apropiados por debajo del tipo básico, y se delimita por la utilización del término “limitado valor”, en cuantía inferior. Aquí se introduce una fórmula de aplicación de responsabilidad administrativa derivada la responsabilidad material que se utiliza en ese ámbito, lo que no está exento de problemas, dada la dispersión de esas normas y la diversidad de disposiciones aplicables en diferentes ámbitos.

Las sanciones aplicables incluyen la posibilidad de imponer una sanción privativa de libertad y una pecuniaria, es decir una pena mixta, como podemos ver en la norma penal artículo 447 del Código Penal, este tipo es sancionado con pena de prisión y multa, y la misma puede ser aumentada en una segunda y tercera parte tomando en

---

<sup>99</sup> *O p. cit.* Pág. 46.

cuenta los daños que se ocasionan directamente a los usuarios de la Administración Pública, por la comisión del ilícito.

En este sentido, se establece que el tipo penal de malversación en la legislación guatemalteca no es un tipo penal privilegiado puesto que es sancionado con una pena mixta en virtud de que es sancionado con pena de prisión y pena de multa, en la legislación penal se sanciona como lo establece el Código Penal guatemalteco.

#### e) Figuras autónomas

La conducta prevista en la malversación es una figura autónoma caracterizada por un sujeto general, pues aquí no se exige que se realice la acción en función de ninguna relación directa por razón del cargo que se ostenta, aunque es obvia la consideración que dicha función corresponderá a quien la administración haya designado para ello, pues de lo contrario carecería igualmente de fundamento, el verbo rector de la conducta es autorizar u ordenar, el pago de salarios, dietas u otros emolumentos, que no corresponda abonar, con dos variantes: por no haberse prestado el servicio o abonarlo en cantidades superiores a lo establecido. El tipo es de dolo, pero puede admitir formas imprudentes ya que si el funcionario o empleado público dejara de hacer algo implica una negligencia en su desempeño o función nos encontraríamos en presencia de un delito culposo, porque no hizo algo, por hacer otra cosa, o por darle

una aplicación distinta a los efectos o caudales públicos distintos a los que originariamente estaban destinados”<sup>100</sup>.

De lo anterior citado, considero que la norma contenida en el artículo 447 del Código Penal establece que: “El funcionario o empleado público que diere a los caudales o efectos públicos que administrare, una aplicación diferente...” y al analizar la Ley de Extinción de Dominio, esta para ser aplicada a los bienes afectados, estos deben ser productos de actividades ilícitas.

Del análisis del artículo 447 Código Penal se constata que nos encontramos al frente de una conducta legal reprochable, esto en virtud de que el Estado puede exigir que el funcionario o empleado público tiene que guardar el deber de cuidado al administrar los activos o caudales públicos para su correcta administración, en el entendido que la Administración Pública es una actividad lícita. Con este argumento no indica que el funcionario o empleado público acusado de malversación no tenga alguna responsabilidad penal, pero probablemente de carácter culposo por incumplir un deber público dentro de sus funciones al ejercer su cargo.

---

<sup>100</sup> PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Máximo. **El delito de malversación. Principales deficiencias en el ejercicio de la acción penal, su necesidad de perfeccionamiento.** Pág. 47.

### **5.5.1. La infracción de los deberes públicos como elemento constitutivo del delito de malversación**

Roxín define al autor del hecho punible como: "La figura central del suceso acaecido. Pero, a la investigación de quien haya de ser considerado como figura central del injusto hay que diferenciar dos tipos de delitos: a) los denominados delitos de dominio del hecho, en los cuales el autor, conforme la descripción del tipo penal, domina el hecho en sentido normativo; b) los delitos de infracción de deber, cuyo fundamento de la sanción reside en que se incumplen las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial (por ejemplo, el rol de funcionario). En otras palabras, el fundamento reside en el quebrantamiento del deber específico que le es antepuesto al sujeto en el plano lógico a la norma y que, en general, se origina en otras ramas jurídicas"<sup>101</sup>.

Según la tesis de Roxín "los delitos de infracción de deber el elemento que decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. En ellos, la concurrencia del dominio del hecho es irrelevante o superfluo, dado que no se orientan al dominio externo de un resultado del mundo exterior, sino que se centran en el deber especial de la persona del autor. El criterio decisivo es en exclusiva el concepto de infracción de deber. Así, para delimitar autoría y participación hay que acudir únicamente a si el cooperador ocupa o no la posición de deber extrapenal descrita en el tipo. Roxín "lo que, desde la perspectiva del dominio del

---

<sup>101</sup> ROXIN, *Dominio del hecho*. Pág. 44 ss.

hecho, sería simplemente complicidad, en los delitos de infracción de deber, de darse el criterio de la autoría válido para ellos, sería autoría”<sup>102</sup>.

En relación con los deberes que infringe el funcionario público al realizar una conducta contraria a la ley, es la falta de deber de cuidado esto en virtud de que es deber del funcionario público tener el control de los caudales, efectos o bienes que administra que tiene a su cargo por la función que desempeña, toda vez que en el caso de un alcalde autoriza que de los fondos de inversión asignados a la municipalidad se traslade al fondos de funcionamiento estaría faltando al deber de administrar esos rubros en los que no están establecidos de conformidad con la ley.

En cuanto a los deberes que infringe un funcionario público al cometer el delito de malversación como lo establece claramente el tipo penal es darle a los caudales, efectos o bienes que administre, una aplicación o uso diferente de aquella a que estuvieren destinados, el típico ejemplo de un alcalde que utiliza los fondos de inversión para el pago de salarios, cosa que no está permitido, toda vez que dichos fondos únicamente pueden ser utilizados para invertir en realizar obras en provecho de la población, y únicamente se pueden utilizar los fondos del funcionamiento para el pago de los salarios de la municipalidad en virtud de que para eso existe la creación de dicho fondo, si se observa desde el punto de vista humano el funcionario público está realizando pagos a su personal, sin imaginar que está incurriendo en el delito de malversación al realizar dichos pagos.

---

<sup>102</sup> ROXÍN, *Dominio del hecho*. Pág. 392.



### **5.5.2. La especial relación entre el sujeto activo y el objeto material en el delito de malversación**

Morales García argumenta que: "A la configuración del delito de malversación no le es suficiente una relación cualquiera entre el sujeto activo y el objeto material. El Código Penal hace referencia a dos elementos que restringen el ámbito de actuación de los delitos de malversación:

En primer lugar, que el funcionario tenga los caudales o efectos públicos a su cargo y,

En segundo término, que tal tenencia se opere en razón de sus funciones. Sin embargo, pese a que haya un consenso respecto del primer requisito, no es pacífico el entendimiento del alcance de la expresión "por razón de sus funciones", la cual tiene importancia trascendental para la delimitación de la malversación con los demás delitos patrimoniales.

#### **5.5.2.1. La tenencia a cargo de los caudales o efectos**

Morales García determina que es otro elemento clave para la constitución del delito de malversación ya que según la doctrina, con notable acierto, no ha hecho uso del

término (posesión) y tampoco el vocablo (a su cargo) se identifica por ser más amplio con aquel. Entendimiento contrario llevaría la aceptación de que bajo tal concepto solo se abarcarían supuestos de actuación remota, puesto que las funciones en el ámbito de la Administración recomiendan esencialmente la tenencia o disponibilidad mediata. Y dicha limitación dejaría injustificadamente al descubierto innumerables operaciones financieras que se realizan sin detentación material del sustrato, a través de técnicas contables o del empleo de las telecomunicaciones, supuestos en los que principalmente el dinero se mueve sin necesidad de disponer físicamente del mismo. Pero el término (a su cargo) tampoco se ajusta con la idea de (custodia), empleada principalmente en Alemania como criterio diferenciador entre los tipos de hurto y apropiación indebida. Y ello porque por (custodia) debe entenderse la presencia de una relación dominical exclusiva sobre la cosa, con lo que quedaría fuera del ámbito del delito de malversación los casos en que el sujeto activo mantiene la posibilidad de actuar sobre el objeto en régimen de codisponibilidad homogénea o subordinada a las órdenes del superior”<sup>103</sup>.

Por lo expuesto, en el análisis de la malversación queda claro que existe y es necesaria una relación intrínseca en razón del ejercicio de las funciones públicas, entre el sujeto activo y el bien malversado, ya que dicha relación demuestra la disponibilidad mediata del bien, efecto o caudal público y el funcionario público; por lo que la ley exige y tutela ese deber administrar cuidadosamente los bienes, caudales y efectos públicos,

---

<sup>103</sup> Morales García, **Malversación**, pág. 187.

sin que exista el ánimo de posesión o apropiación, porque estaríamos frente a otro tipo penal que no es el de malversación.

### 5.5.3. El *animus* como elemento clave en el delito de malversación

Morales García, explica que el *animus* o intención del funcionario o empleado público es un elemento clave en la constitución del delito de malversación y porque: “al percibir tal riesgo, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias denominadas como tesis “voluntarista” pasaron a entender que la aplicación del precepto más benigno queda condicionada a la acreditación en el proceso penal de la real intención del agente, dada su extraordinaria limitación penológica. Para tal corriente, pues, la constatación del ánimo de apropiación definitiva obstaculiza la aplicación del precepto de manera que el dolo del agente se erige, en tales supuestos, en el elemento clave para determinar el tipo aplicable se caracteriza porque el autor actúa con un simple *animus rem sibi habendi* (ánimo de incorporar los caudales o efectos públicos a otro destino). En la práctica, sin embargo, no es tarea sencilla identificar cuando efectivamente el agente actúa con el propósito de apoderamiento definitivo, puesto que en la figura de distracción el funcionario también se vale de medios de apropiación para alcanzar su intento”<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> *Op. cit.* Pág. 240.

De acuerdo con Roxín, el elemento constitutivo del tipo penal de malversación es la infracción del deber por lo que nuevamente caemos en un tipo culposo y no doloso, y con Morales García, existe una relación entre el sujeto activo y el objeto material que se mantiene a razón del cargo, porque en nuestra norma lleva implícita o dependiente de ejercer las funciones correspondientes y el funcionario o empleado público decida en su libre albedrío darle un destino diferente a los efectos o caudales públicos bajo su administración, pero la ley de penal no regula si este perteneciere a un grupo delictivo, en el entendido que dicha norma del artículo 2 literal a.5 de la Ley de Extinción de Dominio, determina el delito de malversación se debe entender que un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, a la orden de un ente jurídicamente jerarquizado, por lo que considero que al regular la norma citada fue para combatir la delincuencia organizada, en Guatemala se ejerce la acción penal, ya que la ley esta sancionando el acto de darle un destino diferente a los bienes que están originalmente destinados. Por lo que se hace evidente que la Ley de Extinción de Dominio respecto al delito de malversación se ha quedado corta, toda vez que se pretende legislar actos que no le son aplicables, pues solo sanciona el darle un uso o aplicación diferente a los bienes, caudales o efectos públicos, para lo que originalmente habían sido destinados, siendo en este caso el mismo Estado el dueño de los bienes objeto de la extinción de dominio.

## **5.6. Garantías de la persona imputada y de la Ley de Extinción de Dominio**

El antejuicio es una garantía para que las personas que ejercen ciertos cargos públicos de especial relevancia, puedan desempeñar adecuadamente su trabajo, sin ser molestadas o desprestigiadas por denuncias o querellas sin fundamento. Establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala artículos 165 literal h) 206, 258, 270, 273 y 279.

La acción de extinción de dominio es un proceso aparte del proceso penal por lo que no se debe confundir como parte del proceso penal.

## **5.7. Principios de la Ley de Extinción de Dominio**

“Los principios que rigen a la acción de extinción de dominio son:

*Nulidad ab initio*

Este principio radica en que se entenderá que la adquisición o disposición de los bienes o de la constitución de patrimonio de origen ilícito o delictivo a sabiendas o debiéndolo presumir razonadamente, constituye negocio jurídico contrario al orden público y a las leyes prohibitivas expresas o sea han constituido en fraude a la ley. Los actos y contratos que versen sobre dichos negocios no constituyen justo título. El

conocimiento o la presunción razonable sobre el origen ilícito o delictivo se infieren de los indicios o las circunstancias objetivas del caso.

Por lo tanto, un negocio o contrato que es producto de actos ilícitos es nulo de pleno derecho es decir no nace a la vida jurídica, por tanto no produce ningún efecto jurídico por ser contrario al orden público y a las leyes prohibitivas expresas, contradiciendo la moral, las buenas costumbres y la ética”<sup>105</sup>.

Este principio se funda en que la riqueza adquirida, como producto de un hecho ilícito, no es legal, ya que el origen del mismo es contrario a la ley, las buenas costumbres y al orden público, por lo tanto, no constituye el derecho de propiedad, pues para poseer el dominio completo del bien, fue necesario quebrantar la ley vulnerando derechos.

#### Prevalencia

Este principio señala que las disposiciones contenidas en la Ley de Extinción de Dominio, se interpretarán y aplicarán de preferencia sobre las contenidas en cualquier otra ley, en el entendido que es una ley especial, por cuanto hace referencia a la extinción de dominio de manera concreta. En materia de bienes tiene prevalencia sobre las demás leyes que regulen el tema, principio que tiene congruencia con el artículo 13

---

<sup>105</sup> Manual de Extinción de Dominio. Pág. 45.

de la Ley del Organismo Judicial, ya que regula la prevalencia de la ley especial sobre cualquier otra.

La prevalencia se refiere a que la materia que ella regula es específica, pues reglamenta de manera contundente y especial lo referido a los bienes de origen, producto, efecto, medio, instrumento de actividades ilícitas prevalece sobre estas la Ley de Extinción de Dominio por ser la ley que regula específicamente la materia<sup>106</sup>.

#### **5.8. Datos reales que demuestran la inaplicabilidad de la Ley de Extinción de Dominio sobre el delito de malversación**

Para probar la hipótesis que general del presente trabajo de investigación se realizó una solicitud al Organismo Judicial y Ministerio Público para que se proporcionara un dato exacto de los procesos de malversación en los cuales se haya aplicado el proceso de extinción de dominio y cuantas sentencias se han dictado en el Juzgado de Extinción de Dominio por el delito de malversación, dichos informes se adjuntan a los anexos del presente trabajo.

De esta cuenta, el informe remitido por el Organismo Judicial indica que en los Juzgados de Extinción de Dominio a nivel nacional no se han dictado sentencias o se han extinguido bienes en ningún proceso por el delito de malversación.

---

<sup>106</sup> *O p. cit.* Pág. 47.

De igual manera, los informes proporcionados por la fiscalía del Ministerio Público especializada, informan que en ningún caso de malversación se ha aplicado la Ley de Extinción de Dominio, de igual manera los procesos de extinción de dominio no se han tramitado por malversación, por lo que no existen sentencias que extingan dominio de bienes por el delito de malversación.

Del análisis de los principios que sustenta la acción de extinción de dominio se logra establecer que por la naturaleza del delito de malversación no se puede aplicar la Ley de Extinción de Dominio, ya que la conducta sancionada deriva de manera específica de un ente jurídico jerarquizado y legalmente establecido y de la naturaleza de las funciones públicas son lícitas, no provenientes de actos ilícitos relacionados con el crimen o delincuencia organizada.

En la presente investigación se demuestra, que no existe ninguna sentencia de extinción de dominio por el delito de malversación desde que entró en vigencia el Decreto Número 55-2010 Ley de Extinción de Dominio lo cual se demuestra con los oficios remitidos con fecha 23 de octubre de 2019, suscrito por el licenciado Edgar Gilberto del Cid Sánchez, encargado de la Unidad de Información Pública del Ministerio Público y el oficio de fecha 8 de octubre de 2019, emitido por el Organismo Judicial suscrito por Edy Ulises Pérez Pérez Técnico III, con el Visto Bueno de Alba Lucila Martínez Tobar Analista II (CIDEJ) y con el Visto Bueno de Lic. Rubén Aníbal Berzanza Juárez Coordinador II, con los cuales se determina que no es factible la aplicación de la Ley de Extinción de Dominio al delito de malversación.





## CONCLUSIONES

Que sobre la comisión de un hecho tipificado como malversación regulado en el artículo 447 del Código Penal guatemalteco, no puede aplicarse la Ley de Extinción de Dominio, toda vez que los elementos constitutivos del tipo penal, no concuerdan con los fines y pretensiones del sujeto activo, que es apropiarse para sí mismo o sus familiares del objeto material, en vista que este se mantiene dentro del bien jurídico tutelado.

Los bienes del Estado no pueden ser objeto del procedimiento de extinción de dominio, pues está solo afecta la propiedad privada, ya que la ley sanciona "el dar un uso diferente al que estuvieran destinados originalmente; a consecuencia del desvío". Y en esta circunstancia dentro del delito de malversación, no se incrementa el patrimonio personal del funcionario, sino todo lo contrario estamos frente a otro tipo penal, dando un aporte a través de la investigación entregada, a la teoría del derecho penal.

Es de tomar en cuenta que los principios básicos de la extinción de dominio son claros al determinar que se afectan los bienes provenientes de hechos ilícitos en los que el funcionario se apropia de bienes de ajena propiedad y se consideran nulos de pleno derecho todos los contratos con ocasión de los mismos; caso contrario, los bienes o efectos malversados, no afectan bienes particulares extraídos, debido a que estos fueron colocados dentro de las mismas arcas del Estado, con otro fin del que estuvieran destinados. Es por ello que no es aplicable la acción de extinción de

dominio, al no determinar que el objeto material ocasionaron el enriquecimiento ilícito del funcionario que lo administra.

## BIBLIOGRAFÍA

### A. Libros

A.BORDA, Guillermo. **Manual de derechos reales. 3.<sup>a</sup> Ed.**, Buenos Aires Argentina: ed. Perrot, 1989.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?** Apuntes sobre el concepto material del delito. Barcelona: Atelier, 2003.

ÁLVAREZ GERDIN SABINO, Blanco. **Tratado general de derecho administrativo.** Barcelona, Editorial Bosch, 1958. Tomo I.

AGUSTIN, Gordillo. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas.** Tomo 1, Parte General, 11.<sup>a</sup> Edición Buenos Aires, Editorial Del Rey y F.D.A. 2013.

BACIGALUPO, Silvina. **Autoría y participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al derecho penal de los negocios.** Madrid: Marcial Pons, 2007.

BUSTO RAMÍREZ, Juan. **Control social y sistema penal.** Barcelona: PPU, 1987.

BUSTO RAMÍREZ, J. (1991) **Manual de derecho penal. Parte especial. 2.<sup>a</sup> Ed.** Barcelona, Editorial Ariel, S.A.

CALDERÓN MORALES, H. **Derecho administrativo parte general**, Guatemala: (2006)

Editorial Orión.

CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español, común y foral**. 8.<sup>a</sup> Ed. Madrid,

España: Ed. Reus, 1956-78.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**, Bosch Casa Editorial S. A., Tomo II Parte

Especial, Barcelona 1975.

DE MATA VELA, José Francisco y Héctor Aníbal DE LEÓN VELASCO, **Curso de**

**derecho penal guatemalteco**., Ed. Universitaria, 2.<sup>a</sup> edición. Guatemala.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Delitos contra la administración pública:**

**consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras**

**conocidas**. En "La Ley", 1997, n 4250 y 4251, p 1678 y 1694.

FERREIRA DELGADO, F. (1985) **Delitos contra la administración pública**. Bogotá.

Editorial Temis.

**Manual del Fiscal**. Ministerio Público de la República de Guatemala. 2.<sup>a</sup> Ed.: (s.e.)

Febrero de 2001.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro.**  
Granada: Editorial Comares, 1997.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal.** Parte General. 6.<sup>a</sup> Edición. Editorial Reppertor.  
2002. Barcelona.

MORALES GARCIA, Oscar. **Los delitos de malversación.** Navarra: Arazandi, 1999.

MORFÍN, Anabella y MONTENEGRO, Mario Leonel. **Gestión del patrimonio del Estado.** Guatemala C. A., ed. Flacso 2000, Págs. 120

PÉREZ VELÁSQUEZ, Juan Máximo. **El delito de malversación;** Cuba 1995.

MOULTON Y OCAMPO. L. Alier y Cassi. **Enciclopedia jurídica española.** Tomo XXI.  
Barcelona. Editor. Francisco Seix.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal parte especial.** 11.<sup>a</sup> edición revisada y  
puesta al día conforme al código penal de 1985. Tirano Blanch. Valencia 1980.

MÜLLER CREEL, Oscar Antonio. **La extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídico-valorativa.** Universidad Pontificia Javeriana.

OLESA MUÑIDO, Francisco Felipe. **El delito de malversación por sustracción de caudales o efectos públicos en el vigente Código Penal español.** En "Estudios jurídicos en honor del profesor Pérez Vitoria", T.I. Barcelona Bosch, 1983.

PÉREZ VELÁSQUEZ, Juan Máximo. **El delito de principales deficiencias en el ejercicio de la acción penal, su necesidad de perfeccionamiento.**

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. **Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos.** "Cuadernos de Política Criminal", No. 39. Madrid: Edersa, 1989.

POZOS JARRA, Juan; LÓPEZ RAMOS, Neófito y SUÁREZ REYES, Mariano. **Acción de extinción de dominio, autonomía y destino de los bienes.** Ed. Lexcorp, Abogados. D.F. Febrero 2011.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil.** Tomo III, Madrid, España, 1957.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Joseph. **El concepto penal de funcionario público.** En "Cuadernos de Política Criminal," 1985.

ROJÍNAS VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano.** T3; 2 Vol.; 3.ª Ed. México, D.F., Ed. Antigua Librería Robredo, 1977.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema de derecho penal**, traducción de Francisco Muñoz Conde. Editorial Bosch. Barcelona.1972

SOTO NAVARRO, Susana. **La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna**. Granada: Editorial Comares, 2003.

VILLEGAS D, Rodrigo. **El peculado**, Editorial Ecuatoriana; Ecuador 1985.

#### **Sitios de Internet**

[www.mjusticia.gob.co/prov/mjusti/dom-mot.htm](http://www.mjusticia.gob.co/prov/mjusti/dom-mot.htm) consultado el 23 de octubre del 2013

**Informe CICIG**; Guatemala (<http://cicig.org./index.php?pag=Ley-de-extinción-de-dominio>)

#### **Convenciones internacionales**

Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Internacional

Las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)

Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción

Convención Interamericana contra la Corrupción



### **Legislación interna**

Constitución Política de la República de Guatemala

Ley del Organismo Judicial

Decreto Ley 106 de la República de Guatemala, Código Civil

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

### **Diccionarios**

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo VI. 25.ª Ed. Argentina. Ed. Heliasta 1997.8a

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1981.

### **Otros**

Manual de Extinción de Dominio, Ministerio Público de Guatemala. 2013. Sara Magnolia Salazar Landínez, Consultora independiente de Blueforce. Editorial Serviprensa.

ANEXOS



**CIDEJ**  
CENTRO DE INFORMACION, DESARROLLO Y  
ESTADISTICA JUDICIAL

**INFORME ESTADISTICO No. 330-2019/eupp**  
**Guatemala, 08 de octubre de 2019**

**Licenciada:**  
**Sofía Ciriaiz Morales de Figueroa**  
**Coordinadora IV**  
**Unidad de Información Pública**  
**Presente:**



**Respetable Licenciada Morales:**

De manera atenta me dirijo a usted en respuesta a oficio 2477-2019 KSALAZAR donde se solicita información de "Estadística para establecer en cuántos casos de Malversación se ha aplicado el proceso de extinción de Dominio, cuantas sentencias se han dictado por el Juzgado de Extinción de Dominio por el delito de malversación. En relación a su solicitud se informa que no se cuenta con información por delito del Juzgado de Extinción de Dominio.

Es importante mencionar que la búsqueda dentro del Sistema de Gestión de Tribunales se realiza con base a la información registrada por los diferentes auxiliares judiciales, dependiendo de cada uno de ellos, la calidad y cantidad de información consignada en el sistema, por lo que de existir expedientes, actuaciones, etc. no registrados en el Sistema de Gestión de Tribunales a nivel nacional, no se puede determinar la existencia de los mismos por medio del sistema informático referido. Los interesados tendrán responsabilidad penal y civil por el uso, manejo o difusión de la información pública a la que tengan acceso de conformidad con la Ley de Acceso a la Información Pública y demás leyes aplicables en su artículo 15. La información se proporciona en el estado en que se encuentra en el Organismo Judicial.

Sin otro particular, atentamente.

  
Eddy Ulises Pérez Pérez  
Coordinador III  
  
Vo. Bo. Alba Lucía Martínez Tobar  
Analista II - CIDEJ  
  
Lic. Rufina Arriola Berganza Juárez  
Coordinador II

C.C. Archivo

4357-43





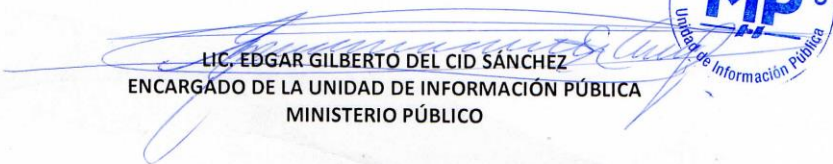
MINISTERIO PÚBLICO

Unidad de Información Pública  
Ministerio Público  
Guatemala, C. A.

**RESOLUCIÓN UIP/G 2019 - 008349 / hacmda  
EXP UIP 2019-004006**

**UNIDAD DE INFORMACIÓN PÚBLICA, MINISTERIO PÚBLICO:** Guatemala, veintitrés de octubre de dos mil diecinueve.-

I. Se tiene a la vista para resolver el expediente UIP 2019-004006, de solicitud de información, remitido por **MILVIA MONROY**; II. Se tiene por recibido: Oficio sin número de la Fiscalía Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Unidad de Extinción de Dominio, de fecha veintidós de octubre de dos mil diecinueve, emitido por la Licenciada Sara Leticia Sandoval Guerra, Fiscal de Sección de la Fiscalía Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos y Extinción de Dominio del Ministerio Público; III. Hágase saber a **MILVIA MONROY** que la información solicitada se encuentra disponible para su entrega en esta Unidad; IV. Habiéndose entregado la información archívese el expediente. Artículos: 30 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 4, 5, 6, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 38, 42 y 45 de la Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto 57-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

  
**LIC. EDGAR GILBERTO DEL CID SÁNCHEZ**  
**ENCARGADO DE LA UNIDAD DE INFORMACIÓN PÚBLICA**  
**MINISTERIO PÚBLICO**



**Artículo 15. Uso y difusión de la información.** Los interesados tendrán responsabilidad, penal y civil por el uso, manejo o difusión de la información pública a la que tengan acceso, de conformidad con esta ley y demás leyes aplicables.

15 avenida 15-16 zona 1, Barrio Gerona, Nivel 7  
Tel.: 24119191 ext. 17950, 17952, 17953





**FISCALÍA CONTRA EL LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS  
UNIDAD DE EXTINCIÓN DE DOMINIO**

Guatemala, 22 de octubre de 2019

Licenciado  
Edgar Gilberto del Cid Sánchez  
Encargado de la Unidad de Información Pública  
MINISTERIO PÚBLICO

Reciba un cordial saludo deseando que todas sus actividades se realicen de manera satisfactoria.

El motivo de la presente es para dar respuesta a la solicitud que realiza la Unidad de Información Pública contenida en el oficio UIP/G 2019 – 002221 / hacmda, de fecha 14 de octubre del presente año en la cual nos solicitan remitir información estadística de cantidad de casos en que se han extinguido bienes por el delito de malversación, a partir de la fecha en que entró en vigencia la ley de extinción de dominio, misma que fue requerida en oficio No. FE-51\_8895 (Solicitante: MILVIA MONROY).

En virtud de lo anterior se procede a enviar las respuestas proporcionadas por cada una de las Agencias Fiscales de la Unidad de Extinción de Dominio, las cuales se adjuntan.

Sin más que informar, agradeciendo la atención a la presente, respetuosamente me suscribo de usted,

Atentamente,



FIRMA:  
HORA:

1404

*[Handwritten Signature]*  
Licda. Leticia Sanguinetti  
Fiscal de Sección  
Fiscalía de Sección Contra el Lavado de Dinero  
y Otros Activos y Extinción de Dominio  
Ministerio Público





Fiscalía Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos  
Unidad de Extinción de Dominio  
Agencia 01

Guatemala, 22 de octubre del 2019

Licenciada:  
Heidy Leticia Hernández Palma  
Agente Fiscal  
Fiscalía Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos  
y Unidad de Extinción de Dominio  
Ministerio Público



Bce w1  
22/10/2019  
+


Su despacho:

Atentamente me dirijo a usted, con el objeto de dar respuesta al oficio, de fecha 17 de octubre del presente año, en donde solicita que se informe la CANTIDAD DE CASOS EN QUE SE HAN EXTINGUIDO BIENES POR EL DELITO DE MALVERSACIÓN, A PARTIR DE LA FECHA EN QUE ENTRO EN VIGENCIA LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.

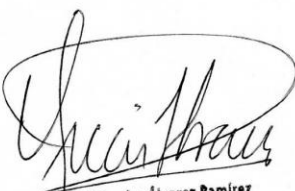
Motivo por el cual me permito informarle que ésta agencia fiscal, por el momento no ha extinguido bienes por el delito de malversación.

Sin otro particular,


Atentamente;

  
Zoila Marina Chacón Gómez  
AUXILIAR FISCAL I  
Unidad de Extinción de Dominio  
Fiscalía Contra el Lavado de Dinero  
u Otros Activos  
MINISTERIO PÚBLICO



  
Lic. Oscar Alejandro Álvarez Ramírez  
Auxiliar Fiscal I  
Fiscalía Contra el Lavado  
de Dinero u Otros Activos  
Ministerio Público



  
Edy David Paredes Monzón  
Auxiliar Fiscal I  
Ministerio Público









**FISCALIA CONTRA EL LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS  
UNIDAD DE EXTINCIÓN DE DOMINIO**

Guatemala, 17 de octubre de 2019

Licenciada:  
Heidy Leticia Hernández Palma  
Agente Fiscal  
Fiscalía Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos  
Ministerio Público.



En respuesta al oficio de fecha 17 de octubre del año en curso, a través del cual se solicita remitir información sobre la CANTIDAD DE CASOS EN QUE SE HAN EXTINGUIDO BIENES POR EL DELITO DE MALVERSACIÓN, A PARTIR DE LA FECHA EN QUE ENTRÓ EN VIGENCIA LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.

Al respecto le informo que luego de realizar revisión de las sentencias que aparecen archivadas en esta Agencia Fiscal, no aparecen casos en los cuales se hayan extinguido bienes por el delito de Malversación.

Sin otro particular, me suscribo de usted

Atentamente,

**Licda. Ana Carmelita Hernández Rivera**  
Agente Fiscal  
Unidad de Extinción de Dominio







FISCALIA CONTRA EL LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS  
UNIDAD DE EXTINCIÓN DE DOMINIO -UNED-  
AGENCIA 03

Guatemala, 17 de octubre de 2019.

**Licda. Heidy Leticia Hernández Palma**  
**Agente Fiscal**  
**Fiscalía Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos**  
**Unidad de Extinción de Dominio**  
**Ministerio Público**



De manera atenta me dirijo a usted, con el objeto de dar respuesta al oficio de fecha 17 de octubre de 2019, en el cual se solicita información sobre la cantidad de casos en los cuales se han extinguido bienes por el delito de malversación, a partir de la fecha en que entró en vigencia la ley de extinción de dominio.

Al respecto me permito informar que luego de consultar el registro de los expedientes investigados, se ha determinado que **no existen casos** en que se hayan extinguido bienes por el delito de malversación en esta agencia fiscal número tres.

Sin otro particular, me suscribo de usted deferentemente.

*Licda. Brenda Lorena Maldonado Archila*  
AGENTE FISCAL  
MINISTERIO PUBLICO





**Fiscalía Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos  
Unidad de Extinción de Dominio  
Agencia 04**

Guatemala, 17 de octubre del 2019

**Licenciada  
Heidy Leticia Hernandez Palma  
Agente Fiscal  
Ministerio Público  
Su despacho:**

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de dar respuesta al oficio de fecha 17 de octubre de 2019, en el cual solicita información sobre la CANTIDAD DE CASOS EN QUE SE HAN EXTINGUIDO BIENES POR EL DELITO DE MALVERSACIÓN, A PARTIR DE LA FECHA EN QUE ENTRÓ EN VIGENCIA LA LEY DE EXTINGCIÓN DE DOMINIO.

Motivo por el cual me permito informarle que ésta agencia, no ha extinguido bienes por el delito de malversación.

Sin otro particular,

Atentamente;



Lic. Diego Antonio Alvarez Monterroso  
Agente Fiscal  
**Unidad de Extinción de Dominio**







**FISCALÍA CONTRA EL LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS  
UNIDAD DE EXTINCIÓN DE DOMINIO  
AGENCIA 05**

Guatemala 18 de noviembre de 2019

Licda. Heidy Leticia Hernández Palma  
Agente Fiscal  
Fiscalía Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos  
Unidad de Extinción de Dominio  
Ministerio Público

Atentamente me dirijo a usted en relación a la solicitud de información sobre LA CANTIDAD DE CASOS EN QUE SE HAN EXTINGUIDO BIENES POR EL DELITO DE MALVERSACIÓN, A PARTIR DE LA FECHA EN QUE ENTRÓ EN VIGENCIA LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.

En virtud de lo cual se hace de su conocimiento que en la agencia a mi cargo no existen bienes extinguidos por el delito de malversación.

Atentamente,

*M.A. Claudia Carolina Escobar Flores*  
Agente Fiscal  
Fiscalía Contra el Lavado de Dinero  
u Otros Activos  
Ministerio Público



*Recibido  
18/11/2019*







**Fiscalía Contra Lavado de Dinero u Otros Activos  
Unidad de Extinción de Dominio**

Guatemala 22 de octubre de 2019

Licenciada  
Sara Leticia Sandoval Guerra  
Fiscal de Sección  
Fiscalía Contra Lavado de Dinero u Otros Activos  
Unidad de Extinción de Dominio  
Presente

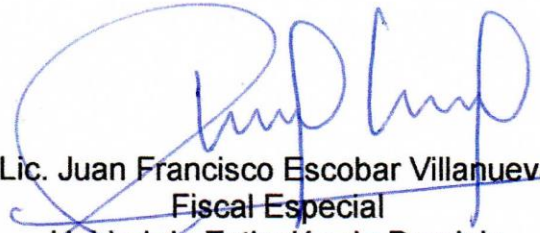


Respetuosamente me dirijo a usted con el objeto de dar respuesta a lo requerido mediante el oficio sin numero de fecha 17 de octubre de 2019, en el cual solicita se informe la cantidad de casos en que se han extinguido bienes por el delito de malversación, a partir de la fecha en que entró en vigencia la Ley de Extinción de Dominio.

Al respecto me permito informar que de conformidad con los registros de cada uno de los expedientes de la Agencia 7.2, no se cuenta con registros relacionados al delito de malversación.

Sin otro particular, me suscribo de usted.

Atentamente,

  
Lic. Juan Francisco Escobar Villanueva  
Fiscal Especial  
Unidad de Extinción de Dominio  
Fiscalía Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos





# **UNIDAD DE EXTINCIÓN DE DOMINIO**

**Adscrita a la Fiscalía contra el Lavado de Dinero u Otros Activos.**

Agencia 6

Guatemala 17 de octubre de 2019

Licenciada Heidy Leticia Hernández Palma  
Agente Fiscal  
Fiscalía de Sección contra el Lavado de Dinero u Otros Activos  
Ministerio Público.

Su despacho:

Acuso de recibido del oficio de fecha 17 de octubre de 2019 suscrito por su persona; en el cual solicita se le informe de los casos en que se han extinguido bienes por el delito de malversación, a partir de la fecha en que entró en vigencia la Ley de Extinción de Dominio.

En respuesta a su requerimiento, me permito informarle que esta agencia fiscal no ha tramitado ni tiene en curso acción en materia de extinción de dominio en donde la actividad ilícita figure ser malversación.

En cumplimiento a lo instruido, sin otro particular me suscribo de usted,  
Atentamente.

  
**Lic. Darwin Alexei Orozco Orozco**  
**Agente Fiscal, Unidad de Extinción de Dominio**  
**Fiscalía Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos**  
**Ministerio Público.**







**FISCALÍA CONTRA EL LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS**  
**UNIDAD DE EXTINCIÓN DE DOMINIO**

17 de Octubre de 2019

**LICENCIADA**  
**Heidy Leticia Hernández Palma**  
**Agente Fiscal**  
**MINISTERIO PÚBLICO**



De manera atenta me dijo a usted, con el objeto de dar respuesta al oficio sin identificación de fecha 17 de septiembre de 2019, el cual solicita que se informe, sobre la CANTIDAD DE CASOS EN QUE SE HAN EXTINGUIDO BIENES POR EL DELITOS DE MALVERSACIÓN, A PARTIR DE LA FECHA EN QUE ENTRÓ EN VIGENCIA LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.

Para la cual me permito informar que en las Agencias 7.1 a mi cargo y 7.3 a cargo de la licenciada Adannette Esperanza Rodríguez Rodas **NO** tienen los bienes por el delito de malversación antes mencionados.

Sin otro particular me suscribo de usted.

Atentamente,

**LICDA. MARGARITA DEL CARMEN IZAGUIRRE HERNÁNDEZ**  
**AGENTE FISCAL**  
**FISCALIA CONTRA EL LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS**  
**UNIDAD DE EXTINCIÓN DE DOMINIO**  
**MINISTERIO PÚBLICO**





1



UNIDAD DE EXTINCIÓN DE DOMINIO  
Ministerio Público  
Guatemala, C. A.

AGENCIA 8  
Guatemala 17 de Octubre de 2019

Licenciada  
**HEIDY LETICIA HERNÁNDEZ PALMA**  
Agente Fiscal  
Fiscalía Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos  
Ministerio Público



Respetuosamente me dirijo a usted con el objeto de dar respuesta a su requerimiento fechado 17 de octubre del presente año, en el cual solicita a la suscrita se informe la cantidad de casos en que se han extinguido bienes por el delito de malversación, a partir de la fecha en que entro en vigencia la ley de Extinción de Dominio.

Me permito informarle que la agencia a mi cargo fue creada en febrero de 2017 y a la presente fecha no se han extinguido bienes por el delito de malversación.

No habiendo nada más que informar por medio de la presente, me suscribo de usted.

Atentamente.

~~Licenciada **Vilma Noemi Valenzuela Moscoso**  
Agente Fiscal  
Fiscalía Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos  
Unidad de Extinción de Dominio~~









**Fiscalía Contra Lavado de Dinero u Otros Activos  
Unidad de Extinción de Dominio  
Agencia 8.1**

Guatemala 18 de octubre de 2019

Licenciada:  
Heidy Leticia Hernández Palma  
Agente Fiscal  
Fiscalía Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos  
Ministerio Público  
Presente



*Recibido  
18/10/2019  
J*

Atentamente me dirijo a usted, con el propósito de dar respuesta a su Ofici de fecha 17 de octubre de 2019, para lo cual le informo que en esta Agencia NO se han tenido casos en que se hayan extinguido bienes por el delito de malversación, a partir de la fecha en que entró en vigencia la Ley de Extinción de Dominio.

Sin otro particular me suscribo.

Atentamente.

**Licda. Patricia Elizabeth Loarca López**  
**Agente Fiscal**  
**Unidad de Extinción de Dominio**  
**Fiscalía Contra el Lavado de Dinero U Otros Activos**  
**Ministerio Público**



