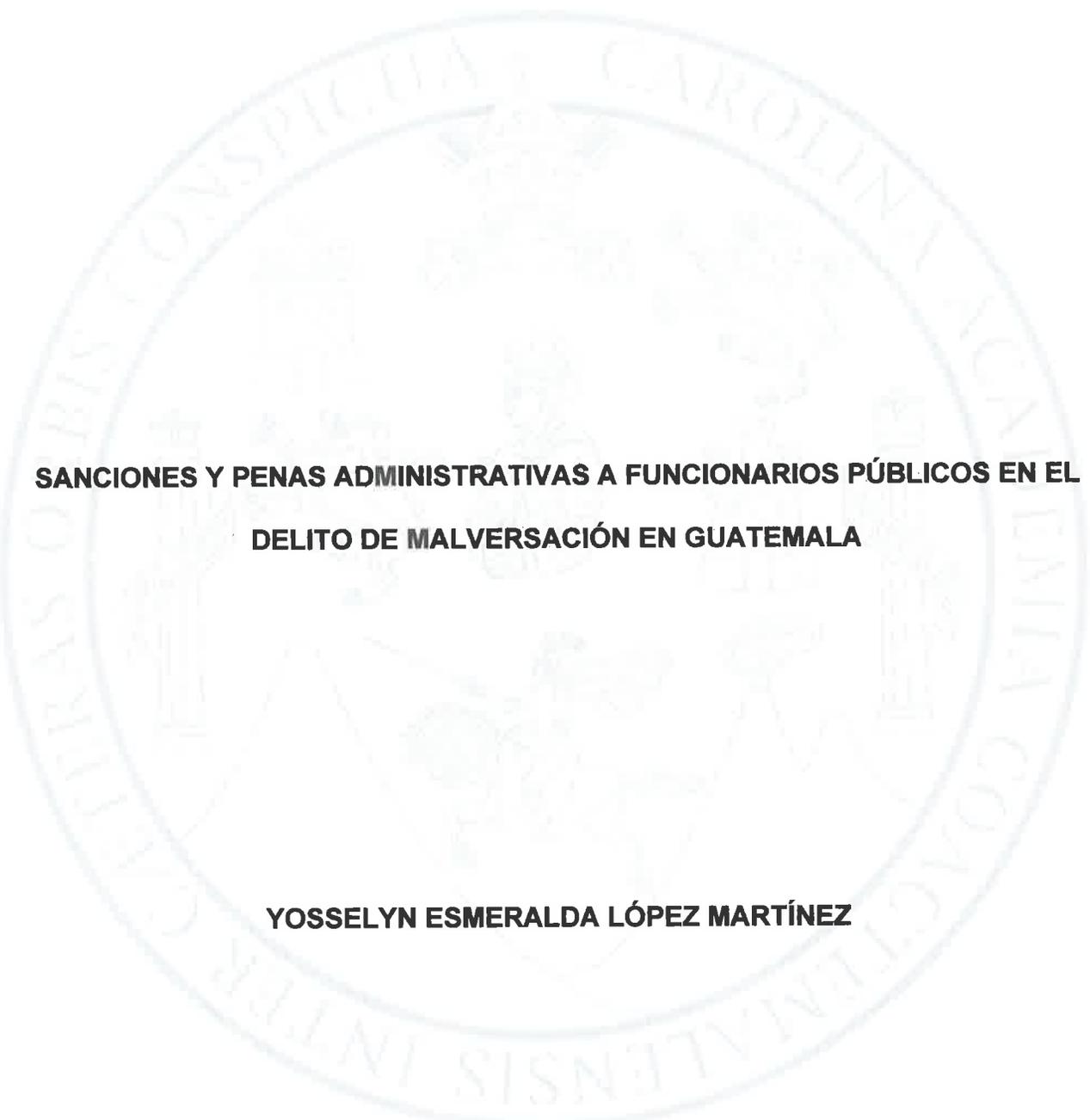


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**SANCIONES Y PENAS ADMINISTRATIVAS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL  
DELITO DE MALVERSACIÓN EN GUATEMALA**

**YOSSELYN ESMERALDA LÓPEZ MARTÍNEZ**

**GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2024**

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

**SANCIONES Y PENAS ADMINISTRATIVAS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL  
DELITO DE MALVERSACIÓN EN GUATEMALA**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**YOSSELYN ESMERALDA LÓPEZ MARTÍNEZ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

**Guatemala, septiembre de 2024**

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

|                    |                                       |
|--------------------|---------------------------------------|
| <b>DECANO:</b>     | M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras  |
| <b>VOCAL I:</b>    | Vacante                               |
| <b>VOCAL II:</b>   | Lic. Rodolfo Barahona Jácome          |
| <b>VOCAL III:</b>  | Lic. Helmer Rolando Reyes García      |
| <b>VOCAL IV:</b>   | Lic. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera |
| <b>VOCAL V:</b>    | Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar     |
| <b>SECRETARIA:</b> | Lic. Wilfredo Eliú Ramos Leonor       |

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

|             |   |
|-------------|---|
| Presidente: | Lcda. Marta Alicia Ramírez Cifuentes    |
| Vocal:      | Lcda. Ana Judith López Peralta          |
| Secretaria: | Lcda. Rosalyn Amalia Valiente Villatoro |

**Segunda Fase:**

|             |   |
|-------------|---|
| Presidente: | Lic. Jorge Vidal Diaz Alvarado            |
| Vocal:      | Lic. Armin Cristobal Crisostomo López     |
| Secretaria: | Lcda. Melida Jeannette Alvarado Hernández |

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala quince de enero de 2024.

Atentamente pase al (a) Profesional. DEBORAH PATRICIA LUCERO LEYES  
 \_\_\_\_\_, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante  
YOSSELYN ESMERALDA LÓPEZ MARTÍNEZ, con carné 201611810,  
 intitulado SANCIONES Y PENAS ADMINISTRATIVAS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL  
DELITO DE MALVERSACIÓN EN GUATEMALA

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de su tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo de no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.



**CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS**  
 Jefe (a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 20 / 02 / 2024 f)

[Signature]  
 Asesor (a)  
 (Firma y Sello)





**Msc. Deborah Patricia Lucero Reyes**  
**Abogada y Notaria**  
**Maestra en Derecho Constitucional**  
**Colegiado 18467**

Guatemala, 27 de febrero de 2024

Doctor  
Carlos Ebertito Herrera Recinos  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su despacho



Doctor Herrera:

Atentamente me dirijo a usted para darle cumplimiento a la providencia de fecha quince de enero de dos mil veinticuatro, emitida por la Unidad de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por medio de la cual fui nombrada ASESORA DE TESIS de la Bachiller **YOSSELYN ESMERALDA LÓPEZ MARTÍNEZ**, titulada **SANCIONES Y PENAS ADMINISTRATIVAS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN EN GUATEMALA**.

En cumplimiento de esta designación he brindado la orientación requerida y se ha asesorado el tema con la debida acuosidad, dando como resultado que: el desarrollo del trabajo de tesis, denota una investigación y estudios completos; el contenido científico y técnico de tesis, cumple con los requisitos del método científico de las ciencias sociales; a través de éste, se hacen observaciones en cuanto a las técnicas empleadas, así como las técnicas de investigación, entre ellas las técnicas bibliográficas, jurídicas y documentales. Ejerciendo el cronograma de actividades planteado en el plan de investigación.

El contenido científico y técnico de la tesis representa un aporte social significativo en virtud que la investigación requerida estableció un análisis relacionado con las sanciones y penas administrativas a Funcionarios Públicos en el delito de Malversación en Guatemala, desarrollando temas de discusión en el ámbito jurídico como lo son la existencia de una sanción penal en la comisión del delito de Malversación, no así una sanción de carácter administrativa que permita la recuperación de los recursos del Estado que fueron mal utilizados. Los métodos de investigación utilizados adecuadamente como lo son el histórico, deductivo, inductivo, explicativo y científico, durante la elaboración de la tesis, para poder



constatar las incidencias jurídicas sobre las sanciones y penas administrativas a funcionarios públicos en el delito de Malversación en Guatemala.

En la elaboración del trabajo de tesis, la redacción del informe final fue adecuada, precisa y conforme al contenido de la investigación. La conclusión discursiva de la investigación es coincidente con la investigación realizada ya que para su elaboración se tomó en consideración aspectos históricos, doctrinarios y jurídicos de cada capítulo desarrollado en el trabajo de investigación. En cuanto a la bibliografía que apoyó el análisis, es pertinente ya que utiliza fundamentos con aspectos precisos como históricos, doctrinarios y jurídicos, los cuales se encuentran bien fundamentados y actualizados.

Declaro que no soy pariente de la estudiante dentro de los grados de ley y que en virtud de lo expuesto, el trabajo de investigación descrito reúne requisitos de forma y de fondo que se establecen en el artículo 31 del Normativo para elaboración de tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. En consecuencia, rindo **DICTAMEN FAVORABLE** por lo que la misma ya puede continuar con el trámite correspondiente.

Sin otro particular me suscribo de usted,

  
**MSC. DEBORAH PATRICIA LUCERO REYES**  
**COLEGIADO 18467**



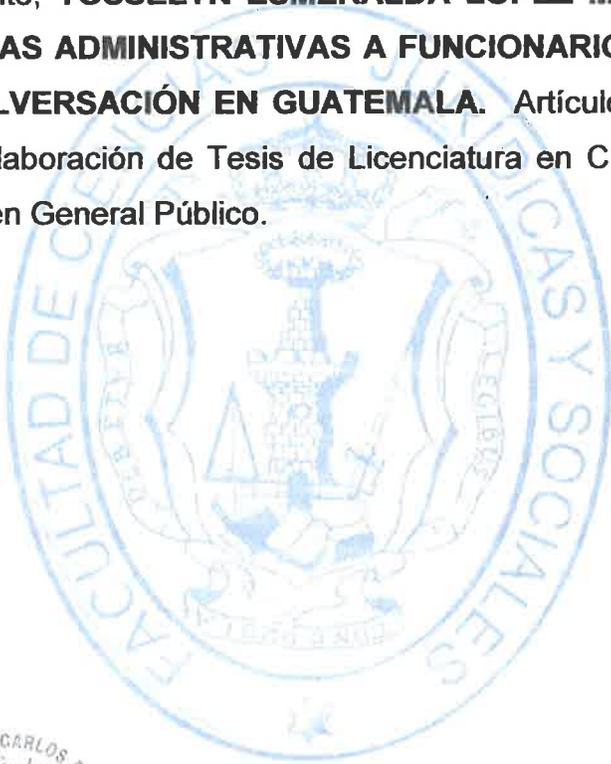


**D.ORD. 369-2024**

Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, dieciocho de abril de dos mil veinticuatro.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante, **YOSSELYN ESMERALDA LOPEZ MARTINEZ**, titulado **SANCIONES Y PENAS ADMINISTRATIVAS A FUNCIONARIOS PUBLICOS EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN EN GUATEMALA**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

HMAC/JIMR





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Principalmente por ser el escritor de este proceso profesional, el cual fue perfeccionando cada día con sabiduría, entendimiento y sobre todo protección dada por su gracia y misericordia.
- A MIS PADRES:** Por todo el sacrificio económico y moral que han realizado para lograr esta meta, pese a todas las dificultades vividas, agradezco grandemente, todo el apoyo brindado, desde el inició de esta etapa profesional que consistió no solo en un cambio de vida radical, si no también en un camino lleno de alegrías, tristezas y obstáculos que fueron superados principalmente por ese respaldo incondicional que se expresa hasta la presente fecha.
- A MIS ABUELOS:** Por haber sido un ejemplo de superación en la vida un agradecimiento especial y por cada una de las palabras de aliento que manifestaron.
- A MIS TIOS:** Por todo el apoyo incondicional recibido, el cual se exteriorizó de varias formas.
- AMIGAS:** Por haber sido incondicionales en este proceso de aprendizaje, no solo profesional si no personal.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por enseñarme lo valioso a nunca ver el estudio como una obligación, sino como una oportunidad de conocer el mundo del saber.



**A:**

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala mi casa de estudios, por darme la oportunidad de ser profesional.



## PRESENTACIÓN

Para la elaboración de la investigación jurídica, fue determinante establecer qué tipo de investigación se desarrollaría por lo cual se planteó que la misma es de carácter cualitativa, describiendo los aspectos principales del tema, pertenecientes al derecho administrativo y derecho penal respectivamente, derivado que se analiza los altos índices de corrupción que actualmente existen dentro de la administración pública en Guatemala y muchos de estos delitos son cometidos por funcionarios públicos los cuales fueron electos por la población guatemalteca y otros han sido puestos en el cargo, uno de estos delitos es lo relacionado a la malversación de fondos, el cual es un delito que se comete en contra del patrimonio y caudal económico de las instituciones del Estado.

El objeto de la investigación es determinar si actualmente la Ley Contra la Corrupción, Decreto Número 31-2012 del Congreso de la República de Guatemala y el Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, regula de manera idónea lo relacionado al delito de malversación. El sujeto radica principalmente en la comisión del delito de malversación por parte de funcionarios públicos y la importancia de que exista una regulación específica, con una sanción administrativa cuando los funcionarios comenten este delito, pero el beneficio es para la propia administración pública del Estado y no para beneficio personal.

La investigación se desarrollará en el Municipio de Guatemala, departamento de Guatemala, comprendido en el ámbito temporal de enero a diciembre de 2024.



## HIPÓTESIS

La hipótesis planteada fue la siguiente: Es importante realizar un análisis exhaustivo del Código Penal, Decreto Numero 17-73 del Congreso de la República de Guatemala y la Ley Contra la Corrupción Decreto Numero 31-2012, donde se establezca que cuando existe la comisión del delito de malversación, este puede ser sancionado tanto en la vía penal cuando los fondos fueron utilizados a título y beneficios personales del funcionario público y desde la vía administrativa imponiendo sanciones cuando el funcionario utilizó los caudales de la administración publica en otra obra o proyecto siempre y cuando sean de beneficio para la función administrativa que realice la institución determinando una perjudicialidad administrativa en el delito de malversación.



## COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Al concluir el estudio, se logró comprobar la hipótesis planteada, utilizando el método de comprobación deductivo, mismo que se aplicó posterior al análisis e interpretación de la información, exponiendo para el efecto que actualmente existe una regulación legal del delito de malversación la cual se encuentra contenida tanto en la Ley Contra la Corrupción, Decreto Número 31-2012 del Congreso de la República de Guatemala como en el Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, pero no regula una sanción de carácter administrativo cuando los recursos del Estado son utilizados para el desarrollo de la propia administración pública.



## ÍNDICE

|                    |   |
|--------------------|---|
| INTRODUCCIÓN ..... | i |
|--------------------|---|

### CAPÍTULO I

|   |    |
|---|----|
| 1. La administración pública y los funcionarios públicos..... | 1  |
| 1.1. Aspectos generales de la administración pública.....     | 1  |
| 1.2. Pasos de la administración pública .....                 | 5  |
| 1.2.1. El órgano administrativo .....                         | 5  |
| 1.2.2. Actividad.....   | 6  |
| 1.2.3. Finalidad.....   | 6  |
| 1.2.4. El medio .....   | 7  |
| 1.3. Sistemas de la administración pública.....               | 7  |
| 1.3.1. Centralización Administrativa .....                    | 7  |
| 1.3.2. Descentralización Administrativa.....                  | 8  |
| 1.3.3. Desconcentración Administrativa .....                  | 9  |
| 1.4. Los funcionarios públicos .....                          | 10 |
| 1.5. Regulación legal de los funcionarios públicos .....      | 13 |

### CAPÍTULO II

|  |    |
|--|----|
| 2. El derecho penal y el delito.....           | 19 |
| 2.1. Aspectos generales del derecho penal..... | 19 |
| 2.2. Escuelas del derecho penal .....          | 22 |
| 2.3. El delito.....                            | 28 |
| 2.4. Elementos del delito .....                | 32 |
| 2.4.1. Elementos positivos del delito.....     | 33 |
| 2.4.2. Elementos Negativos del delito.....     | 38 |



2.5. Sujetos del delito .....

### CAPÍTULO III

|  |    |
|--|----|
| 3. Delito De Malversación.....                   | 43 |
| 3.1. Aspectos generales.....                     | 43 |
| 3.2. Definición.....                             | 45 |
| 3.3. Regulación legal.....                       | 47 |
| 3.4. Aspectos generales de la corrupción.....    | 53 |
| 3.5. Delitos relacionados con la corrupción..... | 57 |

### CAPÍTULO IV

|  |           |
|--|-----------|
| 4. La perjudicialidad administrativa ante el delito de malversación.....                     | 61        |
| 4.1. Aspectos generales del Ministerio Público.....  | 61        |
| 4.2. Contraloría General de Cuentas.....   | 68        |
| 4.3. Sistema presupuestario guatemalteco.....  | 76        |
| 4.3.1. Fases del ciclo presupuestario en Guatemala.....                                      | 78        |
| 4.4. Ventajas de la implementación de la reforma al delito de malversación en Guatemala..... | 84        |
| <b>CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....</b>  | <b>88</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>   | <b>89</b> |



## INTRODUCCIÓN

Dentro de la función administrativa que se genera dentro de un Estado, los funcionarios públicos en muchas ocasiones tienden a realizar actos de corrupción o la comisión de hechos delictivos aprovechándose de las atribuciones que les confiere el cargo que desarrollan, por lo cual se han implementado una serie de normativas legales que buscan principalmente el castigo del delito o la falta que el funcionario cometa, todo esto desde el punto de vista penal, dentro de las principales normativas se encuentra el Código Penal, Decreto Numero 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, la Ley Contra la Corrupción, Decreto Número 31-2012, la cual contiene la gran mayoría de actos delictivos que puede cometer un funcionario en el desarrollo de sus funciones, desde el punto de vista internacional, también hay normas jurídicas que buscan combatir la corrupción que se ejerce dentro de la administración pública, siendo una de las más importantes la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, la cual fue ratificada por el Estado de Guatemala.

La corrupción de los funcionarios, supone una mezcla de motivos que tienen que ver con el uso o abuso del poder, que la propia ley les confiere, igualmente el incumplimiento por parte de los mismos de deberes de probidad y ética, deberes que la función pública impone. Esa mezcla, deriva de la complejidad del mundo administrativo, ya que en algunas ocasiones como lo es en el delito de malversación, se pueden aplicar sanciones de carácter administrativo, no precisamente abocarse directamente al ámbito penal, siempre y cuando los recursos a cargo del funcionario público no hayan sido utilizados para uso personal y que sean justificables siempre dentro del ámbito de la administración pública.

Los objetivos presentados fueron los siguientes: Determinar la prejudicialidad que se le ocasiona al funcionario público al no conocer el delito de malversación desde la vía administrativa, en base a la utilización de los recursos y así poder evitar la persecución penal en su contra. Estudiar la prejudicialidad administrativa en el delito de malversación, causas y efectos. Analizar la necesidad de regular administrativamente una derivación



del delito de malversación como prejudicialidad administrativa en el delito de malversación en Guatemala.

El presente trabajo de investigación se dividió en cuatro capítulos, los que se describen a continuación: El capítulo uno contiene lo relativo la administración pública y los funcionarios públicos, los aspectos generales de la administración pública, los pasos y los sistemas de la administración pública, los funcionarios públicos y su regulación legal. El capítulo dos se refiere a el derecho penal y el delito, aspectos generales e histórico del derecho penal, el delito, los elementos del delito y los sujetos del delito. El capítulo tres, trata sobre la malversación, los aspectos generales, la definición, la regulación legal, los aspectos generales de la corrupción y los delitos relacionados a la corrupción. El capítulo cuatro hace referencia a la prejudicialidad administrativa ante el delito de malversación, los aspectos generales del Ministerio Publico y la Contraloría General de Cuentas, el sistema presupuestario guatemalteco, la propuesta de reforma y sus ventajas de la implementación.

Los métodos y técnicas de la investigación presentados en el presente trabajo de investigación fueron: el método científico para comprobar y demostrar la verdad de la hipótesis planteada y utiliza dos procesos mentales los cuales son el análisis y la síntesis, el método analítico fue utilizado para conocer la naturaleza del problema u objeto que se estudia para comprender su importancia, el método sintético el cual fue utilizado para realizar un análisis tanto doctrinario como jurídico de la institución objeto de estudio. Asimismo, se presentaron las técnicas de investigación: la bibliográfica que sirvió como punto de apoyo para la selección y ordenamiento de los diferentes libros, textos y documentos que deberán incluirse en el informe final, básicamente en el apartado correspondiente.

## CAPÍTULO I



### 1. La administración pública y los funcionarios públicos

Una de las partes fundamentales, para el desarrollo del presente estudio jurídico, es lo relacionado a la administración pública, para el caso de Guatemala, esta se divide en instituciones autónomas, semiautónomas, centralizadas y descentralizadas, muchas de estas son dependencias de los organismos del Estado, como lo es el Organismo Legislativo, Organismo Judicial y Organismo Ejecutivo, este último a través de sus catorce ministerios, la administración pública es importante para el desarrollo de un Estado, esta en muchas ocasiones ree sobre el trabajo que realizan los funcionarios públicos.

#### 1.1. Aspectos generales de la administración pública

La palabra "Administración", se forma del prefijo "ad", hacia, y de "ministratio". Esta última palabra viene a su vez de "minister", vocablo compuesto de "minus", comparativo de inferioridad, y del sufijo "ter", que sirve como término de comparación."<sup>1</sup> Para poder comprender el significado de administración, es necesario saber el significado de los siguientes términos: magister significa magistrado, indica una función de preeminencia o autoridad el que ordena o dirige a otros.

---

<sup>1</sup> Reyes Ponce, Agustín. **Administración de empresas, parte I.** México: Editorial Limusa, 1980. Pág. 15



Esencialmente, resulta determinante indicar que el Estado realiza diversas actividades, las cuales han sido delegadas y establecidas desde el ordenamiento jurídico constitucional del país. Por lo que, se convierte en una persona jurídica de derecho público, desarrollando dichas actividades mediante el desplazamiento de voluntad y actividades técnicas desarrolladas por el hombre para mejorar las condiciones de vida de la colectividad.

Dentro de las principales actividades que desarrolla el Estado, se encuentran:

- a) "Gobernar, esta actividad se refiere al estado en su unidad y precede a las funciones jurídicas estatales, a quienes se dirige, de acuerdo a la política que se trate.
- b) Gobierno, es aquella instancia determinada en lo esencial desde el campo político que se haya frente a la administración política.
- c) Actividad discrecional, esta se puede encontrar cuando la ley le otorga al administrador un marco amplio para que pueda aplicar la misma, es decir le fija parámetros de donde el funcionario no puede salirse.
- d) Actividad reglada, Es la actividad en donde el administrador no puede salirse de lo que la ley le indica, en este caso, la ley le da la forma y contenido legal de la resolución no tiene margen para poder actuar, es lo contrario de la actividad discrecional."<sup>2</sup>

El desarrollo de las actividades de la función administrativa en mención, requiere la organización sistemática de los elementos humanos y materiales, con el objeto de

---

<sup>2</sup> Pereira Orozco, Alberto. **Derecho constitucional**. Guatemala: Editorial Ediciones Pereira, 2001. Pág. 78



alcanzar el fin supremo que es el Bien Común. Dentro de la administración pública existen cuatro clases de administración o formas de administrar siendo éstas:

- a) "Administración de planificación, consiste en establecer las necesidades y las soluciones para cubrirlas.
- b) Administración ejecutiva, es aquella que decide y ejecuta, es la que tiene la facultad legal para poder actuar, a través de las decisiones actos o resoluciones administrativas.
- c) Administración de control, es aquella encargada que las tareas administrativas se realicen de conformidad con las normas establecidas, se trata de órganos con independencia de funciones.
- d) Asesoría, sirven para aconsejar o asesorar al órgano ejecutivo sobre la conveniencia legal de las decisiones que tomará quien ejerce la competencia administrativa. Esta se realizará a través del dictamen. que es el estudio jurídico o técnico sobre un expediente o asunto determinado."<sup>3</sup>

Surge la denominada Administración Estatal o Administración Pública, la cual deriva del Estado y de la forma de Organización más estructurada para alcanzar sus fines.

La administración pública, para dar cumplimiento a su finalidad, cuenta con elementos importantes para el desarrollo de las mismas los cuales se explican en propias palabras a continuación:

---

<sup>3</sup> Ibíd. Pág. 80



- a) "Órgano administrativo, son todos aquellos órganos que pertenecen a la administración pública que son el medio o el conducto por medio del cual se manifiesta la personalidad del estado.
- b) Actividad administrativa, esta actividad se desarrolla a través de la prestación de los servicios públicos, a los cuales está obligada la administración pública para el logro de su finalidad.
- c) Finalidad, el bien común o el bienestar general de toda la población en general, elemento no solo doctrinal sino constitucional.
- d) Medio, de la administración pública utiliza para el logro del bienestar general o el bien común, es el servicio público, siendo este el medio para su finalidad."<sup>4</sup>

Si la administración pública se estudia desde la perspectiva de la aplicación de políticas para la satisfacción de necesidades generales y a quien va dirigida a finalidad y propósito se ve desde las Ciencias Sociales. Por otra parte, si se observa desde el punto de vista de la integración y de la función que debe desarrollar y quienes tienen que desarrollar su actividad, es decir, la estructura y la dirección, forma parte de la ciencia política.

Las actividades del Estado mediante la administración pública, resulta desarrollada de manera formal, material, interna, externa, reglada, discrecional y legítima, las cuales son la base de la funcionalidad de un Estado, por lo tanto se interrelacionan ampliando sus funciones de forma constante para cumplir con el fin supremo, tomando en consideración

---

<sup>4</sup> Castillo Gonzales, Jorge Mario. **Derecho administrativo guatemalteco**. Guatemala: Editorial Ediciones gráficas, 2008. Pág. 35



que con base en la teoría de división de poderes aún vigente en la actualidad, resulta determinante que mediante los tres organismos se desarrolle la actividad estatal.

## **1.2. Pasos de la administración pública**

Para que la Administración Pública, pueda realizar sus funciones de manera eficiente y en base a lo establecido en las normas legales, esta cuenta con una serie de elementos, los cuales se desarrollaran a continuación, con la finalidad de entender de mejor manera como se maneja la administración pública en Guatemala, para lo cual se establece lo siguiente:

### **1.2.1. El órgano administrativo**

Uno de los principales órganos en materia de administración pública radica en el órgano administrativo, para lo cual el jurista guatemalteco Hugo Calderón al respecto establece lo siguiente:

“Son todos aquellos órganos que pertenecen a la administración pública y que son el medio o el conducto por medio del cual se manifiesta la personalidad del Estado. La expresión órgano no debe ser confundida con la concepción del organismo biológico, pues el vocablo ha sido acogido en las disciplinas jurídicas en sentido meramente metafórico, basándose en su valor etimológico, que implica órgano = instrumento.”<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo, parte general**. Guatemala Editorial Orión, 2007. Pág. 50



Por lo tanto, los órganos administrativos son totalmente apegados y desglosados de la Administración Pública, son propiamente la representación del Estado ante la sociedad.

### **1.2.2. Actividad**

Para el desarrollo de las funciones que se le encomiendan a la Administración Pública, existen diversos aspectos los cuales debe de realizar, por lo cual uno de los elementos que se aplican es el de la actividad, estableciendo que la Administración Pública es una actividad de carácter público, por lo cual se establece lo siguiente al respecto:

“En consecuencia, el servicio público, como el instrumento, vehículo o medio del que dispone la administración para el logro de su propósito. Desde este punto de vista se estudia la Administración Pública, es decir, desde el punto de vista formal.”<sup>6</sup>

### **1.2.3. Finalidad**

La finalidad y competencia de la Administración Pública se encuentra contenida en el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, “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.” El bien común o bienestar general de toda la población, engloba toda una serie de derechos de la población y que el Estado garantiza a través de los servicios públicos como, por ejemplo, la salud, la vivienda, la seguridad, la libertad, la justicia, la paz y el desarrollo integral de la persona.

---

<sup>6</sup> Ibíd. Pág. 50



#### **1.2.4. El medio**

Para que los diversos elementos de la Administración Pública se cumplan debe de existir un medio, el cual consiste en: “El medio que la administración pública utiliza para el logro del bienestar general o el bien común es el servicio público, y este se entiende como el medio de que dispone la administración pública para el logro de su finalidad. La administración pública va a desarrollar su actividad, a través del servicio público.”<sup>7</sup>

### **1.3. Sistemas de la administración pública**

Dentro de la Administración Pública existen tres sistemas bastante importantes los cuales se describirán a continuación:

#### **1.3.1. Centralización Administrativa**

El funcionamiento de la administración pública y el desarrollo de su actividad, se origina de la clase de institución que sea creada y existen para el caso de Guatemala entidades centralizadas, descentralizadas y desconcentradas. En el ámbito administrativo, la centralización se refiere directamente a la concentración del poder en una persona y todas las actividades dependen de él, lo que en determinado momento perjudica el que hacer de la administración pública, debido a que es materialmente imposible que una persona en relación de jerarquía conozca, decida y resuelva el funcionamiento de un

---

<sup>7</sup> Ibíd. Pág. 52



órgano administrativo y es por ello que los autores citados, únicamente hacen referencia a una forma de administración pública que para el caso de Guatemala por mandato constitucional determina que la administración pública deberá ser descentralizada.

### **1.3.2. Descentralización Administrativa**

En el marco constitucional guatemalteco, no se define ni se establece la forma o el plazo para llevar a cabo la descentralización administrativa, sino más bien se refiere a un mandato para fundamentar en materia administrativa la función del gobierno, y para el efecto, la descentralización implica un cambio en la actividad del gobierno central, local y comunitario, por consiguiente debe entenderse como la transferencia a la administración pública más directa y cercana a los ciudadanos conforme a la elaboración, ejecución y evaluación de actos o políticas que implican el manejo financiero, así como el recurso humano y por ende los servicios públicos.

Con la finalidad de establecer la descentralización administrativa, se dividió el territorio en regiones de desarrollo, tomando como referencia criterios económicos, sociales y culturales y de esa cuenta se creó el Decreto Número 70-86 del Congreso de la República, denominándose Ley Preliminar de Regionalización. También se crearon los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural con la finalidad de coordinar eficazmente la administración pública, además de regiones, el país se divide en veintidós departamentos y trescientos cuarenta y un municipios, considerados entes autónomos conforme la Constitución Política de la República de Guatemala y que actúan por delegación del Estado.



Por su parte, la Ley del Organismo Ejecutivo, contenida en el Decreto número 114-97 del Congreso de la República, desarrolla principios de la administración pública, y delega a los ministros de Estado como rectores de las políticas públicas correspondientes a su despacho, dichos funcionarios deben coordinar y facilitar la acción de todas las unidades administrativas a su cargo, generando la comunicación y cooperación a lo interno de éstas, así como con algunas entidades privadas conforme la diversidad de servicios públicos que se presten.

### **1.3.3. Desconcentración Administrativa**

Para el licenciado Samayoa Palacios, la desconcentración es: "Uno de los mecanismos que utiliza la organización administrativa para tecnificarse, pues gracias a ella que se logra una mejor distribución del trabajo y se descongestiona las tareas del órgano superior al distribuir muchas de sus actividades en otros órganos de jerarquía media o inferior, toda vez que la administración no es capaz de sí misma, ni puede adecuadamente ejecutar todas las funciones administrativas que satisfagan todas las necesidades de la sociedad."<sup>8</sup>

La definición anterior, demuestra que la desconcentración no es más que un mecanismo que utiliza la organización administrativa para delegar al órgano competencias quedando siempre sujeto al superior jerárquico, derivado que forma parte del órgano administrativo, facilitando con ello la operatividad de la administración pública.

---

<sup>8</sup> Samayoa Palacios, José Luis. **Ob. Cit.** Pág. 114



#### **1.4. Los funcionarios públicos**

Para efectos de la presente investigación jurídica, es de suma importancia abordar lo relativo a los funcionarios y empleados públicos en Guatemala, los cuales ejercen la administración pública a través de diversidad de entidades de carácter estatal, lo relativo a la contratación y actuación de los mismos se encuentra regulada en la Ley de Servicio Civil, regulada en el Decreto Número 1748 del Congreso de la República de Guatemala, asimismo es importante diferenciar lo relativo a los funcionarios y a los empleados públicos ya que son dos tipos de trabajadores distintos que prestan sus servicios al Estado de Guatemala.

Desde su origen, el hecho de confiar los ingresos y los gastos de una persona o de una colectividad a terceros, a quienes se les ha confiado su administración, necesita la puesta en marcha concomitante de procedimientos de control. Tal es así que, la rendición de cuentas que se practicaba en la antigüedad romana consistía en el análisis de un cierto número de operaciones que se asemeja notablemente a la lógica y a la tarea que realiza actualmente quien ejerce el control. Como antecedente del derecho público, se encuentra el desarrollo del Juicio de Residencia, el Régimen de Visitas y la Rendición de Cuentas que establecían una obligación similar a la romana para residenciar, es decir, para la rendición de cuentas, lo que fue perfeccionado a lo largo de la historia. Para un mejor análisis y comprensión de lo que en la actualidad y en Guatemala, son los funcionarios públicos, es importante conocer las diferentes conceptualizaciones al respecto tanto de autores nacionales como extranjeros y principalmente lo que regulan las leyes guatemaltecas al respecto.



Al respecto se indica que: “Es funcionario público el que desempeña una función pública o actividad para el ejercicio real y efectivo del poder público en cualquiera de sus órdenes y aspectos.”<sup>9</sup>

Por lo tanto, los funcionarios públicos son aquellos trabajadores que desempeñan funciones en un organismo del Estado, que puede representar a cualquier poder público que exista, ya sea el legislativo, el ejecutivo o el judicial.

El tratadista Guillermo Cabanellas, indica que el funcionario público, es: “Quien desempeña una función pública, la extensión a cuantos intervienen en un servicio público ofrece dificultades cuando su concesión está encomendada a simples particulares.”<sup>10</sup>

El tratadista Cabanellas, establece que todos los Estados deben de contar con un sistema de administración pública el cual velará por el desarrollo del mismo, para que se pueda llevar a cabo dicha administración es importante que cuente con el personal capacitado, en este caso los funcionarios públicos los cuales se encargan de la administración propiamente, con el fin de no entorpecer los procesos y procedimientos establecidos para el mismo. El autor, Álvarez Gendin, señala que: “En un sentido específico, funcionario público es todo el que ejerce o participa en una función pública de una manera permanente, percibiendo haberes fijos de la administración, y hace del ejercicio de la función un modo de vida.”<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Alcalá Zamora y Castillo, Luis y Guillermo Cabanellas De Torres. **Tratado de política laboral y social**. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1972. Pág. 35

<sup>10</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1977. Pág. 240

<sup>11</sup> Álvarez Gendin, Sabino. **Tratado general del derecho administrativo**. Barcelona: Editorial Bosch, 1963. Pág. 393



El mismo criterio sigue el profesor Godínez, al establecer que: “La tendencia moderna es la denominar a todas las personas que realizan una actividad administrativa de carácter civil, funcionarios públicos, con una orden de importancia: Superiores que se encargan de gobernar y de tomar las decisiones políticas, gobiernan al Estado; Intermedios, que coordinan y controlan la ejecución de los planes, programas y proyectos de la administración pública. Superiores e intermedios representan al Estado por medio de los órganos de los cuales son titulares, ante otros órganos y entidades del Estado, ante los particulares y ante sus propios subordinados. Son funcionarios de confianza y pueden ser nombrados o destituidos en cualquier momento, salvo que se trate de funcionarios electos popularmente que la ley señale que deben ejercer el cargo por cierto período.

En ese caso, sólo pueden ser removidos por las causas señaladas en la propia ley. Menores, llamados trabajadores o empleados del Estado, burócratas y hasta servidores, son los ejecutores de la actividad administrativa. Realizan tareas intelectuales o manuales; permanecen dentro del servicio civil más tiempo y hacen carrera administrativa. Son nombrados por oposición y únicamente pueden ser removidos con causa justificada. Se rigen por la Ley de Servicio Civil.”<sup>12</sup>

El tratadista antes citado, es claro al indicar que los funcionarios públicos se encargan de la administración del Estado propiamente, existen dos tipos de funcionarios, ambos con funciones diferentes los cuales se contratan a través de la Ley del Servicio Civil principalmente y los cuales pueden ser removidos de su cargo si las autoridades

---

<sup>12</sup> Godínez Bolaños, Rafael. **Temas de derecho administrativo. La relación funcional.** Pág. 1



competentes así lo establecen, asimismo también indica una salvedad en cuanto a los nombramientos y sustituciones de funcionarios públicos, al indicar que todas las personas que son elegidas popularmente, en votaciones no pueden ser removidos, hasta que cumplan con el periodo establecido con anterioridad, un claro ejemplo son los diputados el Congreso de la República de Guatemala, donde son designados por votación y de igual manera son funcionarios públicos.

Por lo tanto, son funcionarios públicos aquellos que realizan una actividad administrativa de carácter civil. Por otra parte, el Reglamento de la Ley de Servicio Civil, contenido en el Acuerdo Gubernativo número 18-98 en el Artículo 1 en el inciso a) define al Funcionario Público indicando que: “Es la persona individual que ocupa un cargo o puesto en virtud de elección popular o nombramiento conforme a las leyes correspondientes, por el cual ejerce mando, autoridad, competencia legal y representación de carácter oficial de la dependencia o entidad estatal correspondiente.”

### **1.5. Regulación legal de los funcionarios públicos**

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece la función pública dirigida a los funcionarios quienes son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta, como se establece en el Artículo 154, es el vínculo jurídico-laboral que une al Estado con los particulares que pasan a formar parte del Servicio Civil desde el momento que inician en el ejercicio de la función pública, hasta la entrega del mismo. Dentro de los sistemas del ejercicio de la función pública la Constitución Política de la República de Guatemala, Título IV, Poder Público, Capítulo I, establece el Ejercicio



del Poder Público de la siguiente manera: El Artículo 152, regula que: “Poder Público El poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por esta Constitución y la ley. Ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política, puede arrogarse su ejercicio.”

La Oficina de Programas Internacionales, indica que la función pública es: “Toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria relacionada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.”<sup>13</sup>

La función pública es una obligación que le corresponde al Estado y que la cumple a través de un órgano administrativo para la prestación de un servicio con la única finalidad del bienestar común de todos sus habitantes. La Constitución Política de la República de Guatemala, respecto a la función pública establece en los Artículos 154 y 155 lo siguiente: En el Artículo 154, se establece 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 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.”

Es importante indicar que el funcionario entre sus principales funciones y atribuciones se encuentra el respetar las leyes y no transgredir las mismas, algo que en la actualidad en

---

<sup>13</sup> Oficina de Programas Internacionales, 1998. Pág. 1



Guatemala, es tema de discusión ya que muchos funcionarios públicos ~~abusan de la~~ cuota de poder que le da el puesto que se encuentran desarrollando, un funcionario público jamás es más que una ley no importando el carácter que tenga la misma. Asimismo la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que la función pública que se ejerce no es delegable, únicamente en algunos casos que la ley lo establece de esa manera.

Y el Artículo 155, regula lo siguiente: “Responsabilidad por infracción a la ley. Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren. La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término será de veinte años. La responsabilidad criminal se extingue, en este caso, por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena. Ni los guatemaltecos ni los extranjeros, podrán reclamar al Estado, indemnización por daños y perjuicios causados por movimientos armados o disturbios civiles.”

Propiamente la ley que regula las actividades de los servidores públicos en Guatemala, específicamente la de Servicio Civil, regula una cierta cantidad de requisitos y directrices que deben de seguir los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Para el ejercicio de la función pública los funcionarios públicos cuentan tanto con funciones, obligaciones, responsabilidades, atribuciones y derechos que la ley les confiere a cada uno de ellos, para el caso de los funcionarios la Ley del Servicio Civil,



contenida en el Decreto 1748, del Congreso de la República de Guatemala, establece en el Artículo 61 las atribuciones o derechos de servidores públicos de la siguiente manera.

1. A no ser removidos de sus puestos, a menos que incurran en las causales de despido debidamente comprobadas, previstas en esta ley.
2. Treinta días a los servidores públicos expuestos a riesgos que causen enfermedades profesionales, los que serán enumerados para ese efecto en el reglamento respectivo.
3. A licencias con o sin goce de sueldo, por enfermedad, gravidez, estudios, adiestramiento y otras causas, de conformidad con el reglamento respectivo.
4. A enterarse de las calificaciones periódicas de sus servicios.
5. A recibir en la primera quincena del mes de diciembre de cada año un aguinaldo en efectivo, que se liquidará de conformidad con la ley y los reglamentos respectivos.
6. A recibir indemnización por supresión del puesto o despido injustificado directo o indirecto, equivalente a un mes de salario por cada año de servicios continuos y si los servicios no alcanzaren a un año, a la parte proporcional al tiempo trabajado. Su importe se debe calcular conforme al promedio de los sueldos devengados durante los últimos seis meses, a partir de la fecha de supresión del puesto.

Este derecho en ningún caso excederá de cinco sueldos. El pago de la indemnización se hará en mensualidades sucesivas, a partir de la supresión del puesto hasta completar la cantidad que corresponda.

7. A gozar del régimen de jubilaciones, pensiones y montepíos de conformidad con la ley respectiva. A recibir un subsidio familiar cuando las condiciones fiscales lo permitan de conformidad con la ley respectiva.



8. Al ascenso a puesto de mayor jerarquía y/o sueldo, mediante la comprobación de eficiencia y méritos, de conformidad con las normas de esta ley.
9. A un salario justo que le permita una existencia decorosa, de acuerdo a las funciones que desempeñe y a los méritos de su actividad personal.
10. Derecho a descanso forzoso de treinta días antes del parto y de cuarenta y cinco días después, con goce de salario.

Son diversas los derechos conferidos a los funcionarios públicos por la Ley del Servicio Civil guatemalteca, entre las que sobresale lo relativo a que dichos funcionarios no pueden ser removidos de sus puestos a menos que por acción de los mismo recaigan en acciones que justifiquen un despido, todo esto debe de estar debidamente comprobado.

Otro de los derechos con los que cuentan los funcionarios públicos, es lo relativo a las vacaciones remuneradas, esto también es un derecho de todos los trabajadores no importando el ente donde se encuentre laborando ya sea de carácter estatal o privado las vacaciones son un derecho fundamental de los trabajadores.

En cuanto a la indemnización también es un derecho de todos los funcionarios públicos, por los servicios labores que prestaron al Estado de Guatemala y a la administración pública propiamente; todo trabajador en el ámbito que se desenvuelva busca ascensos de puestos en el caso de los funcionarios no es la excepción y de igual manera uno de los derechos es optar a nuevas y mejores oportunidades labores dentro de la administración pública.



Uno de los principales punto de vista a tratar, es lo que respecta al salario de los funcionarios públicos la Ley de Servicio Civil guatemalteca, establece en el Artículo en cuestión específicamente en el numeral 11 respecto a un salario justo, algo que en la actualidad en la administración pública guatemalteca no se da, ya que existen salarios de funcionarios públicos demasiado elevados, todo esto a través del abuso de autoridad y de atribuciones que no le competen, por lo cual es importante que la ley se aplique y que los salarios sean los adecuados según el puesto que desempeña cada funcionario, ya que no pueden haber sueldos demasiado elevados para funciones que requieren poco esfuerzo o no son de gran importancia dentro del desarrollo de las actividades públicas.



## CAPÍTULO II

### **2. El derecho penal y el delito**

Otro de los aspectos a abordar dentro del presente estudio es lo relacionado al derecho penal y al delito, derivado que la investigación se encuentra enfocada en la rama del derecho penal, el cual consiste en encuadrar acciones antijurídicas y antisociales de una sociedad, para plasmarlo dentro de un ordenamiento jurídico y que se conoce como delito, y se debe de hablar de este, derivado que la malversación de fondos es una acción delictiva la cual conlleva una pena impuesta a las personas que cometan este delito, en este caso enfocado a los funcionarios públicos dentro de la administración pública.

#### **2.1. Aspectos generales del derecho penal**

En Guatemala, el derecho penal es un medio de control de la conducta social. Por lo tanto, el derecho penal se ve reflejado en la sociedad guatemalteca, mediante la actividad que lleva a cabo el juez. Los particulares no pueden por sí solos realizar el ius poenale, es decir, encargarse de la administración de justicia por sus propias manos, y por ello es que se recurre al proceso judicial penal; en el cual es el Estado el encargado de la administración de la justicia del país.

“En la sociedad moderna, el Juez es el encargado de la aplicación de las normas jurídicas positivas, mediante la aplicación de sanciones que se le imponen al infractor de un ilícito penal. El principio de retribución rige al derecho penal, ante el daño provocado por un



determinado delito cometido por un sujeto determinado, y se le impone al transgresor la correspondiente pena derivada del delito cometido que afecta los intereses de la sociedad. Se entienden los vocablos delito y pena en su sentido amplio de hecho punible y sanción criminal.”<sup>14</sup>

El derecho penal es binario, ello debido a que los códigos penales modernos incluyendo el de Guatemala, actualmente se aplica el Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, regulando las penas de los delitos de conformidad siguiendo criterios retributivos para su ejecución.

La etimología de la palabra derecho proviene del término latino *directum*, que significa lo que está conforme a la regla. El derecho se inspira en postulados de justicia y constituye el orden normativo e institucional que regula la conducta humana en sociedad. La base del derecho son las relaciones sociales, las cuales determinan su contenido y carácter. Dicho de otra forma, el derecho es un conjunto de normas que permite resolver los conflictos en el seno de una sociedad.

Guillermo Cabanellas, indica que el derecho penal: “Comprende los principios doctrinales y las normas positivas referentes al delito, al delincuente y a la pena.”<sup>15</sup> Se establece que el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas creadas por el Estado para determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad; la ciencia penal comprende

---

<sup>14</sup> Camargo Hernández, Cesar. **Introducción al estudio del derecho penal**. Editorial Bosch, Barcelona, España. 1981. Pág. 19

<sup>15</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1977. Pág. 655



el estudio del derecho penal que tiene como fin el mantenimiento del orden jurídico previamente establecido.

El autor Luis Jiménez de Asúa indica que el derecho penal es: "Un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora."<sup>16</sup>

El derecho penal es el sistema normativo perteneciente al derecho público interno, que tiene por objeto la definición del delito, del delincuente y el establecimiento de penas o medidas de seguridad, para mantener el orden social fomentando el respeto de los bienes jurídicos tutelados por la ley, que se han considerado necesarios para una sociedad en una época y lugar determinados. El derecho penal como todas las ramas del derecho es importante que tenga sus fuentes ya que en base a las mismas será su aplicación, en base a esto se establece lo siguiente al respecto:

1. "Fuentes reales o materiales: Tienen su fundamento en la realidad de los hombres y por ende de los pueblos son las expresiones humanas, los hechos naturales o los actos sociales que determinan el contenido de la norma jurídico penal, es decir son las expresiones y manifestaciones socio naturales previas a la formalización de una ley penal.

---

<sup>16</sup> Jiménez de Asúa, Luis. **Tratado de derecho penal**. Editorial Harla, México. 1997. Pág. 162



2. Fuentes formales: Se refiere al proceso de creación jurídica de las normas penales y a los órganos donde se realiza el mencionado proceso legislativo que en Guatemala corresponde al Congreso de la República.
3. Fuentes directas: Son aquellas que por sí mismas tienen la virtud suficiente para crear normas jurídicas con carácter obligatorio, de donde se emana directamente el derecho penal.
4. Fuentes indirectas: Éstas solo en forma indirecta pueden coadyuvar en la proyección de nuevas normas jurídico-penales, e incluso pueden ser útiles tanto en la interpretación como en la sanción de la ley penal, pero no deben ser fuente de derecho penal, ya que por sí solas carecen de eficacia para obligar.<sup>17</sup>

Son diversas las fuentes que informan el derecho penal, principalmente en lo que respecta a la jurisprudencia, la normativa nacional e internacional ratificada por el Estado de Guatemala y basada en la costumbre.

## 2.2. Escuelas del derecho penal

El derecho penal ha sido abordado a través de la historia desde distintos puntos de vista, lo cual se le han denominado como escuelas y a criterio del ponente de la investigación es importante citar las siguientes:

---

<sup>17</sup> De León Velásco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Editorial. Llerena, 1999. Pág. 81



#### a. Escuela clásica

Inicialmente, se aborda lo referente a la escuela clásica, considerada como un punto esencial para el desarrollo del derecho penal, lo más importante desde el punto de vista histórico, es que la escuela clásica no existió como tal, sino que es un invento de Enrico Ferri, que principió a denominar clásicos a los juristas prepositivos y posteriores a Beccaria. Efectivamente, nunca hubo reuniones de la escuela clásica, ni tuvieron sede, local o revista, no existía un director o jefe directo y los principales representantes de esta escuela ignoran que posteriormente se les consideraría como tales. Para el efecto, es de resaltar que:

La escuela clásica fue la reacción contra la barbarie y la injusticia que el derecho penal representaba, logró la humanización por medio del respeto a la ley, del reconocimiento a las garantías individuales y de la limitación al poder absoluto del Estado.

Esta escuela procura que a los procesados se les trate como humanos, que no se violen sus derechos constitucionales y que se cumplan con las regulaciones del debido proceso. Estos principios, los representantes de la escuela clásica, los defendían a nivel personal, pues cada uno de ellos procuraban hacer que se cumplieran y que no se perjudicara al individuo sometido a proceso penal.

“El positivismo señaló las viejas tendencias y las llamó CLÁSICAS, con sentido irónico. Así, dentro de la denominación de la Escuela Clásica quedaron enmarcadas teorías tradicionales hasta entonces, llamadas utilitarias, utilizan filosofía de Platón y de



Aristóteles y Beccaria las expresa con euforia; es necesaria la pena para evitar nuevos delitos y para que no haya imitación, intimidación y coacción psíquica, la pena para que la sociedad pueda conservar a sus individuos; morales inspiradas en el sentimiento de justicia entre ellas las del Contrato Social, la de la retribución, la del resarcimiento y la de la transformación del derecho y la obediencia y eclécticas aúnan las tesis explicando las penas como bases en principio de justicia buscando la utilidad individual y social. Beccaria en Italia; Pellegrino-Rossi, Chauveau y Helie, en Francia; Pacheco en España; de contenido heterogéneo, se comprenden en ellas diversas tendencias, a veces hasta contrapuestas, pero con denominador común caracterizado por su sentido liberal y humanitario. Sus seguidores quisieron, además, explicar sus opciones a través de un sentido filosófico más o menos puro.”<sup>18</sup>

Con base en lo expuesto, se determina que la escuela clásica se rige con las tendencias de los postulados de las teorías de Platón y Aristóteles, además de Beccaria, los cuales protegen la aplicación de la justicia, tomando en cuenta la moralidad, la utilidad individual y la utilidad social, llamadas utilitarias, sus postulados se basan para evitar nuevos delitos se hace necesario imponer una pena.

También hacen uso de la teoría de la moralidad, inspiradas en la justicia del contrato social y la imposición de la obediencia ante la imposición de una pena conforme a derecho. Situación que permitió dar una guía a las autoridades encargadas de impartir justicia en cada una de las formas con respecto a su momento histórico, que si bien es

---

<sup>18</sup> Lujan, Juan. **Del derecho colonial al derecho nacional**. Guatemala: Editorial Universitaria, 2009. Pág. 43



cierto, se transforma y mantiene etapas específicas, el objeto central era imponer una pena por el quebrantamiento de las normas y el orden social.

#### b. Escuela positiva

Desde otra perspectiva, surge la Escuela Positiva, misma que se contrapone a la escuela clásica la escuela positiva tuvo una existencia real, como un grupo de hombres destacables, dentro de ellos médicos, juristas, sociólogos, entre otros, que se agrupan en un haz compacto frente a los demás, a otros intelectuales y a otras ideas intelectuales que hacen de Lombroso un jefe y de sus conocimientos e instrucciones una doctrina. Cesare Lombroso, psiquiatra y criminalista italiano, profesor de psiquiatría de la Universidad de Turín, estudio al hombre como criminal y delincuente.

“La escuela positiva consiste en lo siguiente: estudia el delito, primero en su génesis natural, y después en sus efectos jurídicos, para adaptar jurídicamente a las varias causas que lo producen los diversos remedios, que por consiguiente serán más eficaces.”<sup>19</sup>

El fin de la escuela positiva consiste en estudiar históricamente el delito y sus efectos para establecer que los remedios sean de eficacia. La Escuela Criminal Positiva no consiste únicamente como todavía parecía cómodo creer a muchos críticos, en el estudio antropológico del criminal, pues constituye una renovación completa, un cambio radical

---

<sup>19</sup> Jiménez, Luis. **La ley y el delito, principios del derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hermes, 1999. Pág. 68



de métodos científicos en el estudio de la patología social criminal, y de los que hay de más eficaz entre los remedios sociales y jurídicos que nos ofrece.

“La ciencia de los delitos y de las penas era una exposición doctrinal de silogismos, dados a luz por la fuerza exclusiva de la fantasía lógica, nuestra escuela ha hecho de ello una ciencia de observación positiva, que, fundándose en la antropología, la psicología y la estadística criminal, así como sobre el derecho penal, los estudios penitenciarios, llega a ser la ciencia sintética que yo mismo la llamo sociología criminal, y así esta ciencia, aplicando el método positivo al estudio del delito del delincuente y del medio, no hace otra cosa que llevar a la ciencia criminal clásica, el soplo vivificador de las últimas conquistas hechas por la ciencia del hombre y de la sociedad, renovada por las doctrinas evolucionistas.”<sup>20</sup>

Con base en lo expuesto, se determina que dicha escuela nace como una reacción a los excesos jurídicos de la escuela clásica, a sus excesos formalistas, al abuso de la dogmática, al olvido del hombre delincuente y a su creencia de haber agotado la problemática jurídico-penal.

Con base en lo expuesto, es de resaltar que, desde el punto de partida de analizar y estudiar al delincuente como un aporte sustancial al derecho penal por parte de Lombroso y Garofalo, se inició un proceso de reorientación, que paso de observar la acción e

---

<sup>20</sup> *Ibíd.* Pág. 69



imponer una sanción, a generar interpretaciones de causas, efectos, motivaciones y sentimientos del responsable de la acción.

Para esta Escuela es menester estudio del delincuente, a quien se le analizan su sentimiento y los motivos para participar en el hecho delictivo, asimismo, es un aspecto importante el estudio del delito, como una forma de analizar los hechos en que se comete y si la figura delictiva se adapta a lo regulado en la ley penal.

Esta escuela estudia tanto a la persona físicamente, así como su nivel psicológico, para llegar a hacer conclusiones sobre la comisión de delitos, aportando interpretaciones diversas que permitían a las autoridades generar esfuerzos, pero teniendo ya una guía sustancial de la persona, su forma de actuar y las motivaciones de las acciones delictivas, que si bien es cierto, genero complicaciones y renuencia inicial para su aceptación, se fue adaptando y aceptando en dichos contextos.

#### c. Escuela social o francesa

Consecuentemente, surge de forma posterior la Escuela social o francesa, como parte de las escuelas intermedias y sustancialmente generando interpretaciones diferentes a las escuelas previas y con aportes con matices más científicos. Para el efecto, es importante indicar que:

“El creador fue el profesor de medicina forense de la Universidad de León, Dr. Alejandro Lacassagne, quien en 1885 al celebrarse el Primer Congreso Nacional de Antropología



adoptó una actitud de fuerte oposición a las teorías de Lombroso, después de atacar duramente la tesis atávica formuló su doctrina en los siguientes términos: Lo importante es el medio social. Permítaseme una comparación tomada de la teoría moderna, el ambiente social es el medio en que se cultiva la delincuencia, el microbio es el elemento delictivo que carece de importancia hasta el día que encuentra cultivo favorable a su multiplicación; creemos que el delincuente con sus características antropométricas y las demás sólo tiene una importancia muy secundaria; además todas esas características se pueden encontrar en personas absolutamente honestas."<sup>21</sup>

Con base en lo anterior, a Lacassagne se le atribuyen las siguientes fases de contenido terminante: Todas las sociedades tienen los delincuentes que se merecen, así como, el indicar que todo el mundo es culpable, excepto el delincuente.

Esta escuela tiene como base señalar que el medio social es el que provoca que la persona delinca, por lo que el delincuente tiene una importancia secundaria, aduciendo que las sociedades tienen los delincuentes que se merecen y que todo el mundo es culpable y no el delincuente.

**2.3. El delito**

El delito, ha sido a través de la historia objeto de análisis, regulaciones y sanciones, con la finalidad de castigar al responsable de la comisión de un hecho delictivo,

---

<sup>21</sup> Jiménez, de Ásua, Luis. **Ob. Cit.** pág. 41



principalmente con la pena de prisión, privación de libertad o la pena de multa. Sin embargo, el delito se encuentra relacionado directamente con el derecho penal, pues dicha disciplina jurídica de orden público, es la que precisamente regula el Estado para sancionar las conductas antisociales.

Al respecto, Ángel Sanz Moran expone: “El delito ha sido a través de la historia, objeto de análisis y regulación, particularmente como una manifestación del Estado para regular y sancionar las conductas antisociales, derivado de las infracciones de ciertas personas a ciertos bienes jurídicos. Etimológicamente la palabra delito proviene del vocablo latino *delictum*, que significa abandonar el camino prescrito por la ley y del verbo latino *delinquere*. El delito es un sistema categorial clasificatorio y secuencia en el que, “Peldaño a peldaño, se van elaborando, a partir del concepto básico de acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito.”<sup>22</sup>

El antecedente del delito, debe entenderse a partir de la conceptualización de dicha institución y de allí la importancia que el citado autor determina para la sanción correspondiente, y en consecuencia el delito en el plano jurídico es considerado como un acto antijurídico y culpable.

Además, el delito es una manifestación del poder punitivo del Estado, cuando se encuentra regulado en la Ley penal, para lo cual, el ordenamiento jurídico debe establecer la sanción a imponer mediante una pena al responsable de la comisión de una conducta

---

<sup>22</sup> Sanz Moran, Ángel. **El Concurso de Delitos en la Reforma Penal**. Editorial Comares, Madrid, España: 1995. Pág.150



antisocial, y en ese orden, para el caso de Guatemala, el Código Penal, contenido en el Decreto 17-73 del Congreso de la República regula una serie de conductas sancionables y también se encuentran en leyes especiales diversas acciones penales aplicadas a casos particulares.

Asimismo, toda acción para constituir un delito debe ser una conducta típica, antijurídica y culpable. Es por ello que el análisis de lo que presuntamente constituye un ilícito, obliga a su revisión judicial, y el cumplimiento de los diversos requisitos que conforman cada uno el carácter de ilícito a la conducta delictiva.

De esta manera, el análisis de cada uno de ellos implica una tarea seria, cuidadosa, pero, sobre todo, técnica que demanda el estudio de la teoría del delito, que ofrece conocimientos claros para su aplicación, en consecuencia, el delito se considera una valoración de la conducta humana condicionada por el criterio ético de la clase que domina la sociedad. El delito es una conducta contraria a la ley que la tiene regulada como tal, dicha conducta puede consistir en hacer o dejar de hacer. Sin embargo, no se trata simplemente de lo que prohíbe, además de que en un ilícito hay aspectos que forman un todo consistente y que constituyen los elementos del delito, más para llegar a concebirlo como una unidad portadora de varios elementos, el delito pasó por diversidad de concepciones, que van desde ideas morales hasta psicofisiológicas.

Guillermo Cabanellas, indica lo siguiente: “El término delito, se origina de la voz latina *delictum* (delito), que en la Roma antigua designaba a los delitos privados, delitos que conllevaban únicamente la obligación de pagar una multa a la víctima, por parte del



delincuente. En el Derecho Justiniano se le conoce ya como *delictun privatum* (delito privado), apareciendo luego el llamado *delictum publicum* (delito público) que producía verdaderos efectos punitivos públicos.”<sup>23</sup>

El tratadista Luís Jiménez de Asúa, define al delito de la siguiente manera: “El acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.”<sup>24</sup>

Por su parte Manuel Ossorio citando a Soler, define al delito como: “Una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta, por lo cual sus elementos sustantivos son la acción, la antijurídica, la culpabilidad y la adecuación a una figura.”<sup>25</sup>

Carrara define al delito como: “Infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.”<sup>26</sup>

Carrara, define el delito haciendo alusión a que la mayor preocupación del Estado es la seguridad de los ciudadanos, en la que la conducta de algunos afecte la tranquilidad de las personas en general; en cierta manera este tratadista se acerca bastante a la

---

<sup>23</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario del derecho Usual**. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1979. Pág. 522

<sup>24</sup> Jiménez de Asúa, Luis. **La ley y el delito principios de derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Bermes 1963. Pág. 59

<sup>25</sup> Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 2000. Pág. 292

<sup>26</sup> Quintano Ripolles, Antonio. **Curso de derecho penal**. Madrid: Editorial Tecnos, 1997. Pág. 204



obligación primordial que tiene el Estado de brindarnos a todos seguridad, así como está regulada en la legislación guatemalteca establecida en la Constitución Política de la República de Guatemala, pero esta definición presentada por el tratadista, no revela con precisión los elementos que deben tener las conductas, para que sean castigadas por el Estado con una pena, los delitos que cometan.

Al respecto, Enrique Bacigalupo, señala que: "El delito es un acto del hombre (positivo o negativo) legalmente típico, antijurídico, culpable, imputable a un sujeto responsable en ocasiones previa determinación de condiciones objetivas de punibilidad y al cual se les impone una pena o medida de seguridad."<sup>27</sup>

Por lo tanto, se indica que un delito puede ser cometido por dos personas en diferente tiempo y región, que potencial y consecuentemente tienen una historia diferente, por lo que la pena y medida de seguridad que se le aplique a uno no necesariamente implica que se le aplique al segundo.

#### **2.4. Elementos del delito**

La doctrina, describe a los elementos positivos en "acción o conducta humana, la tipicidad, o antijuricidad, la culpabilidad, la imputabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad y la punibilidad. Asimismo, describe a los elementos negativos en la falta de acción o conducta humana, la atipicidad o ausencia de tipo, las causas de justificación,

---

<sup>27</sup> Bacigalupo, Enrique. **Derecho Penal. Parte General.** Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi, 1999. Pág. 19



las causas de inculpabilidad, las causas de Inimputabilidad, la falta de condiciones objetivas de punibilidad y las causas de exclusión de la pena o excusas absolutorias.”<sup>28</sup>

Son varios los criterios para determinar los elementos del delito, sin embargo, a continuación, se establecerán los elementos positivos que son esenciales y que se constituyen y se integran para determinar la conducta delictiva del sujeto activo, así también los elementos negativos que difieren completamente y que se oponen a la integración del delito, desde el punto de vista jurídico, ya que la responsabilidad penal del sujeto activo la excluye.

#### **2.4.1. Elementos positivos del delito**

Dentro de los elementos positivos del delito están los siguientes:

- a) La acción o conducta humana: Es una manifestación de la conducta humana consiente voluntaria o inconsciente involuntaria algunas veces; positiva activa o negativa pasiva que causa una modificación en el mundo exterior mediante un movimiento corporal o mediante su omisión y que está prevista en la ley. La acción o conducta humana se puede definir como: “El acto por el cual el sujeto en forma pasiva manifiesta voluntaria o involuntaria su objetivo o finalidad en el que provoca cambios en el exterior.”<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Derecho Penal**. Valencia: Editorial Tirantlo Blanch, 1996. Pág. 213

<sup>29</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Editorial Crockmen, 2002. Pág. 141



b) La tipicidad: Es la conducta antisocial que viene a poner en peligro un bien jurídico tutelado por el Estado.

La tipicidad es la encuadrabilidad de la conducta humana al molde abstracto que describe la ley tipo legal, tipo penal o simplemente tipo.

Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela aseguran que no debe de confundirse la Tipicidad con el tipo ya que son dos conceptos bastante diferentes.

Por lo tanto su definición debe realizarse en forma separada para que no haya confusión alguna y así lograr con exactitud, la diferencia de tipicidad y tipo.

“Tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal.”<sup>30</sup>

Tipo “es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal” “se encuentra en las normas penales.”<sup>31</sup>

c) Antijuricidad: “De acuerdo a lo expresado por el profesor Carlos Ernesto Binding, el que comete delito no contraviene la norma, simplemente adecua su conducta a la norma, haciéndose así la posición de la antijuricidad en sentido formal, al poner de manifiesto la relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal, es

---

<sup>30</sup> *Ibíd.* Pág. 157

<sup>31</sup> *Ibíd.* Pág. 158



decir, la acción que infringe la norma del Estado, que contiene un mandato o una prohibición de orden jurídico.”<sup>32</sup>

Básicamente puede definirse la antijuridicidad, desde tres puntos de vista, tomando en cuenta su aspecto formal, tomando en cuenta su aspecto material, así como la valoración o desvaloración que se hace de su aspecto formal o material. Formalmente se indica que antijuridicidad es la relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal o bien la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico-penal establecido previamente por el Estado. Materialmente se puede señalar que es la acción que encierra una conducta antisocial que tiende a lesionar o a poner en peligro un bien jurídico tutelado por el Estado.

d) Imputabilidad: Es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente. Es la capacidad de actuar culpablemente.

Al respecto, los autores indican que se puede dar de dos maneras: una que lo considera con un carácter psicológico; y la otra, como un elemento positivo del delito, por lo cual se dice que, si bien posee elementos psicológicos, físicos, biológicos, psiquiátricos, culturales y sociales que lo limitan, debe entenderse que juega un papel decisivo en la construcción de delito, por lo que debe estudiarse dentro de la Teoría General del Delito. “La Imputabilidad como un elemento positivo del delito, con marcada tendencia subjetiva por ser el elemento más relevante de la culpabilidad, debido a que antes de ser culpable

---

<sup>32</sup> Ibíd. Pág. 352



debe ser imputable.”<sup>33</sup>

- e) Culpabilidad: Es un comportamiento consiente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche debido a que el sujeto actúa en forma antijurídica, pudiendo y debiendo actuar diversamente.

La culpabilidad, además, de constituir un elemento positivo, para la construcción técnica de la infracción, tiene como característica fundamental ser el elemento subjetivo del delito, refiriéndose pues a la voluntad del agente para la realización del acto delictivo. La culpabilidad radica pues, en la manifestación de voluntad del sujeto activo de la infracción penal que puede tomarse dolosa o bien culposa, dependiendo de la intención deliberada de cometer el delito, o bien de la comisión del delito por negligencia, imprudencia o impericia.

- f) Condiciones objetivas de punibilidad: Son aquellas condiciones que deben seguirse, para imponer una pena en algún delito en particular.

De lo anterior, se han considerado dos vertientes las cuales son: “Que sí la punibilidad es un elemento positivo del delito o bien una consecuencia del mismo.”<sup>34</sup> Al respecto se deben analizar las dos de la forma siguiente:

- La punibilidad como elemento del delito: Se indica que la conducta típicamente

<sup>33</sup>Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Ob. Cit.** Pág. 220

<sup>34</sup> Cuello Calón, Eugenio. **Derecho Penal, Parte General.** Barcelona: Editorial Bosch, 1968. Pág. 302



antijurídica y culpable, para que constituya delito debe estar sancionada con una pena, y así la punibilidad resulta ser un elemento esencial del delito

- La punibilidad como consecuencia del delito: Consideran que la acción típicamente antijurídica y culpable, al delito y la pena es solo una consecuencia de la misma acción.
- g) La punibilidad: Una forma de recoger y elaborar una serie de elementos y presupuestos que el legislador, por razones utilitarias, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que sólo tiene en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir, sólo exige en algunos delitos concretos. La punibilidad como elemento positivo del delito ha sido objeto de contradicciones así como lo señalan algunos tratadistas penalistas al referirse al tema, en el que defieren diciendo si la punibilidad es un elemento del delito en el que la infracción típica, antijurídica y culpable, para que se considere como delito es necesario que se sancione con una pena y es sólo así que sería un elemento esencial del delito.

Son varios los criterios para determinar los elementos del delito, pero me limitare a establecer con precisión, los elementos positivos que son esenciales y que se constituyen y se integran para determinar la conducta delictiva del sujeto activo.

Así también están los elementos negativos que difieren completamente y que se oponen a la integración del delito, por supuesto que desde el punto de vista jurídico, ya que la responsabilidad penal del sujeto activo la excluye.



## **2.4.2. Elementos Negativos del delito**

Los elementos negativos son los que se describen a continuación:

### **a) Causas de Inimputabilidad**

La Inimputabilidad en la legislación guatemalteca, es una eximente de responsabilidad en la que la acción deja de ser delictuosa porque el sujeto no es capaz de comprender el alcance de su conducta, la cual no le es imputable, ya que el sujeto activo no tiene discernimiento ni plena conciencia de sus actos.

El Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, en el Artículo 23 regula que: “No es imputable: El menor de edad, quien, en el momento de la acción u omisión, no posea, la causa de enfermedad mental, del desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio haya sido buscado de propósito por el agente”

Por su parte la Constitución Política de la República en el Artículo 20 establece “Los menores de edad que transgredan la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud. Los menores, cuya conducta viole la ley penal, serán atendidos por instituciones y personal especializado. Por ningún motivo pueden ser reclusos en centros penales o de detención para adultos. Una ley específica regulará esta materia”



## b) Causas de justificación

Uno de los elementos positivos del delito que es la antijuricidad, “opera con respecto a la conducta humana, en la que sí es contraria a la ley, se determina como delictiva, sin embargo, al concluir algunas causas de justificación desaparece la ilegalidad del acto antijurídico.”<sup>35</sup> Las causas de justificación excluyen la antijurídica con el que la conducta de las personas ilícitas, convierten el hecho típico en lícito completamente por el ordenamiento jurídico, lo prueba el Código Penal contenido en el Decreto 17-73 del Congreso de la República en el Artículo 24 para que las causas de justificación operen, es necesario que concurra el elemento subjetivo como el objetivo de la respectiva causa de justificación. La falta de cualquiera de estos elementos determina que el acto permanezca antijurídico. Esto puede ser tanto por falta de elemento subjetivo, como por falta del elemento objetivo.

## c) Causas de Inculpabilidad

“Es un comportamiento consciente que da lugar a un juicio de reproche, debido a que el sujeto actúa en forma antijurídica pudiendo actuar de forma distinta.”<sup>36</sup> Como elemento positivo del delito se tiene a la culpabilidad cuando en la comisión de un hecho delictivo concurren lo que es el dolo, la culpa o la preterintencionalidad y es precisamente ahí donde se encuentran las eximentes de responsabilidad penal, porque en las causas de inculpabilidad no transcurre el dolo, la culpa o la preterintencional de acuerdo a las que

---

<sup>35</sup> DeLeón Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Ob. Cit.** Pág. 179

<sup>36</sup>Ibíd. Pág. 179



se encuentran reguladas en el Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República en el Artículo 25.

## **2.5. Sujetos del delito**

La doctrina generalmente se refiere a dos clases de sujetos: el primero que es, quien realiza o comete el delito y que recibe el nombre del sujeto activo, ofensor, agente o delincuente; el segundo que es, quien sufre las consecuencias del mismo y que recibe el nombre de sujeto pasivo u ofendido.

### **a) Sujeto activo**

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

Con respecto a las personas jurídicas como sujetos activos del delito, se puede mencionar que luego de realizado el Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal,



realizado en Bucarest, concluyeron que se debe establecer en el Derecho Penal medidas eficaces de defensa social contra la persona jurídica cuando se trate de infracciones perpetradas con el propósito de satisfacer el interés colectivo de dichas personas o con recursos proporcionados por ellas y que envuelven también su responsabilidad. Que la aplicación de las medidas de defensa social a las personas jurídicas no debe excluir la responsabilidad penal individual, que por la misma infracción se exija a las personas físicas que tomen parte en la administración de los intereses de la persona jurídica.

#### b) Sujeto pasivo

El Sujeto pasivo es el que sufre las consecuencias del delito. Es el titular del interés jurídicamente protegido, atacado por el delito, o puesto en peligro. Para el autor Cuello Calón citado por los autores Héctor Aníbal De León Velasco y José Francisco de Mata Vela el sujeto pasivo es: “El titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito”.<sup>37</sup> Por su parte Olga Islas de González Mariscal, en el libro Curso de Derecho Penal Guatemalteco de los autores de León Velasco y de Mata Vela define al sujeto pasivo como “El titular del bien jurídico protegido en el tipo.”<sup>38</sup>

De las definiciones anteriores, existe acuerdo doctrinario que el sujeto pasivo del delito es: El titular de derecho o interés que jurídicamente protege el derecho penal, por lo que es ya indiscutible. El problema surge cuando se trata de establecer quiénes pueden ser los titulares de ese derecho o interés protegido, considerándose para ello el estado y la

<sup>37</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Ob. Cit.** Pág. 217

<sup>38</sup> **Ibíd.** Pág. 217



sociedad, las personas humanas y por último a las personas jurídicas. Tratando de consensuar los criterios se define que el estado, la sociedad, la persona humana y la persona jurídica son sujetos pasivos del delito o bien sujetos pasivos del daño. De los aspectos anteriormente enunciados, se hizo énfasis en los aspectos generales del delito, así como el aspecto histórico del mismo, con el objeto de dar a conocer cuál ha sido la actuación del mismo hasta la presente fecha.

Finalmente, se indica que el Delito es toda acción antijurídica y socialmente castigada que se realiza en contra de la sociedad por una o varias personas, conteniendo elementos que lo conforman, siendo de esa manera que principia desde el origen de la humanidad ya que el ser humano por su naturaleza realiza actos que en muchas ocasiones son inevitables y en otras son por supervivencia, asimismo se han realizado estudios en los cuales se intenta exponer las causas por las cuales se realizan dichas acciones no llegando a un estudio en el cual se establezcan de forma unánime los motivos, por lo cual a través del tiempo se han encontrado diversas actividades ilícitas y se han desarrollado en compañía del hombre mismo .

## CAPÍTULO III



### 3. Delito de Malversación

Adentrándose al tema de estudios, es importante abordar todo lo relacionado a la acción delictiva de malversación, que es un delito que se comete específicamente ante la administración pública y que para el caso de Guatemala, se encuentra regulado tanto en la Ley Contra la Corrupción, Decreto Número 31-2012 del Congreso de la República de Guatemala como en el Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala y el cual se abordara dentro del presente capítulo.

#### 3.1. Aspectos generales

Otro de los temas importantes a abordar dentro de la presente investigación es lo relacionado a la malversación, esta es una figura delictiva que se encuentra directamente dirigida a las actuaciones maliciosas y delictivas que tienen los funcionarios públicos dentro del desarrollo de sus funciones, esto se da propiamente dentro de la administración pública como tal, aprovechándose de la calidad que ostentan.

En las funciones que desarrollan los funcionarios dentro de la administración pública existen diversos actos ilícitos, los cuales deben de ser sancionados conforme a las normas jurídicas legales. El Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala y la Ley Contra la Corrupción Decreto Número 31-2012 del poder del Estado mencionado. Previamente a conocer en qué consisten estos este delito



se debe de determinar qué es la administración pública y en qué consiste la figura del funcionario público.

Cuando se hace referencia a la administración pública, nos referimos a una serie de procedimientos, los cuales son aplicados por el Estado a través de sus instituciones centralizadas, descentralizadas y autónomas, teniendo como finalidad principal el bien común y el desarrollo de la sociedad. La administración pública es un bastión importante en el desarrollo de todo Estado, pero derivado de muchos delitos como lo es el de malversación esta se ve cooptada y el daño no solo es para el Estado de Guatemala como tal, sino también para toda la población en general, puesto que con base a ésta se pretende dirigir el área administrativa de un Estado.

La administración pública, en el desenvolvimiento de sus actividades, genera características que la individualizan de otras actividades, a pesar de coexistir con elementos de otras ciencias.

Es de suma importancia abordar lo relativo a los funcionarios y empleados públicos en Guatemala, los cuales ejercen la administración pública a través de diversidad de entidades de carácter estatal, lo relativo a la contratación y actuación de los mismos se encuentra regulada en la Ley de Servicio Civil, regulada en el Decreto Número 1748 del Congreso de la República de Guatemala. Asimismo, es importante diferenciar lo relativo a los funcionarios y a los empleados públicos, ya que son dos tipos de trabajadores distintos que prestan sus servicios al Estado de Guatemala. Por otra parte, se debe determinar que el delito de malversación, es un delito que cometen propiamente los



funcionarios públicos en Guatemala, derivado de la calidad que tienen dentro de la administración pública, este delito se encuentra regulado tanto en el Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala y asimismo en la Ley Contra la Corrupción Decreto Número 31-2012 del Congreso de la República de Guatemala.

### 3.2. Definición

Para tener un mejor entendimiento de en qué consiste la malversación, es importante conocer las posturas doctrinarias al respecto de esta figura legal, por lo cual varios tratadistas tanto nacionales como extranjeros han definido desde distintos puntos de vista la misma, a criterio del ponente se citan las siguientes:

El diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales define a la malversación de caudales públicos, como: “el delito que comete el funcionario público cuando da a los caudales o efectos que administra aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados.”<sup>39</sup>

Según el jurista Manuel Ossorio, en su diccionario establece que la malversación es un delito el cual, por su naturaleza de comisión, lo comete un funcionario público, teniendo como principal objeto el mal uso de los caudales o partidas presupuestarias que se le asignan a instituciones del Estado y que sirven para la administración pública. Asimismo

---

<sup>39</sup> Ossorio Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 445



se define como “La malversación de caudales como la distracción o apropiación de bienes muebles llevada a cabo por aquel a quien incumbe el deber público de su custodia.”<sup>40</sup>

La doctrina estudia y se refiere al delito de malversación, independientemente, ya sea como malversación de caudales públicos, malversación de efectos públicos, malversación de fondos públicos, apropiación 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.

En cuanto a su naturaleza “constituye una infracción del deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario para la administración. Pero, por otra parte, la malversación ostenta un carácter patrimonial evidente, al incidir sobre los fondos públicos, lesionando los intereses patrimoniales del Estado.”<sup>41</sup>

Al referirse a la naturaleza del delito de malversación, indica que la pena que se impone por cometerla, es en sí por los actos que violan la fidelidad que los funcionarios deben observar en el manejo de los caudales que tienen a su cargo y reprime no sólo el perjuicio económico causado sino también y muy especialmente, el abuso, por parte del funcionario, de la confianza públicamente depositada en él. Tienen, entonces, los delitos de malversación de caudales públicos un doble aspecto, constituyen una infracción del

---

<sup>40</sup> Soler, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Tea, 1986. Pág. 53

<sup>41</sup> Muñoz Conde, Francisco. **Derecho Penal, parte general**. Barcelona, España: Editorial Tirant Lo Blanch



deber de probidad de los funcionarios en el manejo de los fondos públicos que por razón de su cargo les están confiados y encierran además una lesión de los intereses patrimoniales del Estado. Este delito tutela la regularidad del cumplimiento de las actividades patrimoniales del Estado, sea con relación a sus bienes propios, sea con relación a bienes privados sobre los cuales aquel haya asumido una especial función de tutela, por la naturaleza de las instituciones a las que pertenece o por las especiales circunstancias en que se encuentra.

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

Los delitos de malversación de caudales y fondos públicos representan una de las modalidades delictivas vinculadas al fenómeno de la corrupción en el ámbito del sector público, que tiene repercusiones indiscutibles desde antiguo en el menoscabo del patrimonio público y en la confianza depositada en los gestores de los caudales y efectos adscritos al patrimonio estatal.

### **3.3. Regulación legal**

Los funcionarios públicos se encuentran expuestos por la naturaleza de sus funciones dentro de la administración pública a la comisión de hechos delictivos y los cuales deben



de ser sancionados de acuerdo a lo estipulado en la Ley Contra la Corrupción Decreto

Número 31-2012 del Congreso de la República de Guatemala:

1. Responsabilidad penal de personas jurídicas
2. Inhabilitación especial
3. Agravación específica
4. Destrucción de registros informáticos
5. Uso de información
6. Abuso de autoridad
7. Incumplimiento de deberes
8. Incumplimiento de deber de presentar declaración jurada patrimonial
9. Falsedad de declaración jurada patrimonial
10. Desobediencia
11. Revelación de secretos
12. Nombramientos ilegales
13. Usurpación de atribuciones
14. Cohecho pasivo
15. Cohecho activo
16. Cohecho activo transnacional
17. Cohecho pasivo transnacional
18. Exención especial de responsabilidades
19. Peculado por sustracción
20. Peculado por uso
21. Peculado culposo



22. Enriquecimiento ilícito
23. Enriquecimiento ilícito de particulares
24. Tráfico de influencias
25. Fraude
26. Cobro indebido
27. Obstaculización a la acción penal
28. Representación ilegal
29. Retardo de justicia
30. Denegación de justicia

Actualmente, el ordenamiento jurídico guatemalteco regula 30 delitos en los que puede incurrir un funcionario público en el desarrollo de sus funciones dentro de la administración pública, esto según la Ley Contra la Corrupción Decreto Número 31-2012 del Congreso de la República de Guatemala, pero es importante determinar que esta no es suficiente para erradicar la corrupción en Guatemala y se tienen que buscar nuevas reformas a dicha ley para tener sanciones más efectivas y mejor control sobre los actos ilícitos que cometen los funcionarios públicos en Guatemala

La corrupción en Guatemala es un problema social, jurídico y económico que ha afectado la democracia y la sociedad durante mucho tiempo. Se han buscado los mecanismos, pero no han sido los idóneos, ha implementado normas jurídicas tanto nacionales como internacionales, pero no han sido efectivas. Han buscado, creado instituciones nacionales como internacionales que buscan combatir la corrupción, tal caso fue la Comisión Internacional Contra la Impunidad y la Fiscalía Especial Contra la Impunidad, una



internacional la cual ya no fue renovado su mandato y la otra nacional, para lo cual Quiroz indica lo siguiente:

“Uno de los debates acerca del estudio de la corrupción gravita alrededor de las metodologías o fórmulas que podrían ser utilizadas para estimar su costo económico. En la práctica resulta una tarea difícil, si no imposible, porque se podría conceptualizar dicho costo como el valor monetario de los fondos que no llegaron a su objetivo público o de desarrollo, o como el daño causado a instituciones clave que facilitan la estabilidad y la inversión. También ha surgido un creciente consenso acerca del impacto negativo que tiene sobre la inversión privada y, en consecuencia, el crecimiento económico. Es decir, unos niveles más altos de corrupción corresponden a menor inversión y crecimiento.”<sup>42</sup>

La corrupción, ha azotado grandemente a Guatemala, a través de su historia, por lo cual el Estado implementó en el Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, una serie de delitos, los cuales se encuentran encaminados a sancionar cualquier conducta antijurídica de los funcionarios públicos en el desarrollo de sus funciones dentro de la administración pública, pero esta norma legal no era eficaz derivado de las pocas sanciones, que se han registrado hasta la actualidad y otros vacíos legales que han dejado mucho campo de actuación ilícita para los funcionarios.

Después de muchas luchas sociales e institucionales en contra de la corrupción, se empezaron a presentar iniciativas de ley, primero las enfocadas a las reformas al Código

---

<sup>42</sup> Quiroz, Antonio. **Historia de la corrupción**. Lima, Perú. Editorial instituto de estudios peruanos e instituto de defensa legal. 2013. Pág. 43



Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, con la finalidad de que los delitos regulados allí contra la administración pública fueran más eficientes y lograran combatir la corrupción. Después de varios intentos y mucho tiempo, es aprobado el Decreto Número 31-2012 del Congreso de la República de Guatemala, el cual contenía una ley específica en la materia y se denominó Ley Contra la Corrupción, con la cual se pretende erradicar la corrupción en la administración pública del país y es algo que hasta la fecha no ha sido posible y es necesario analizar dicha normativa jurídica para determinar su eficacia dentro del ordenamiento legal guatemalteco.

El segundo considerando de la Ley Contra la Corrupción Decreto Número 31-2012 del Congreso de la República de Guatemala, establece que las diversas formas de corrupción manifestadas en el accionar de los funcionarios y empleados públicos, constituye uno de los elementos fundamentales que impiden la materialización de estos principios constitucionales, por lo cual se determina que en el estancamiento social, cultural, económico, político y legal del Estado de Guatemala recae directamente a la corrupción de funcionarios públicos dentro de la administración pública.

Tanto el Código Penal, en el Artículo 447, como la Ley Contra la Corrupción, en el Artículo 30 regulan el delito de malversación, de la misma manera, estableciendo los motivos, los sujetos y la pena que conllevan la comisión de este delito, pero es importante establecer que dichas normativas legales, en ningún momento manifiestan que si la malversación de fondos haya sido utilizada para el propio mejoramiento de la administración pública, obra o proyecto, el funcionario puede ser exonerado de la investigación criminal y persecución penal en su contra y únicamente enfocarse a la imposición de una sanción



administrativa, ya que los fondos utilizados siempre quedan dentro de la administración pública.

La corrupción de los funcionarios, supone una mezcla de motivos que tienen que ver con el uso o abuso del poder, que la propia ley les confiere, igualmente el incumplimiento por parte de los mismos de deberes de probidad y ética, deberes que la función pública impone. Esa mezcla, deriva de la complejidad del mundo administrativo, ya que en algunas ocasiones como lo es en el delito de malversación, se pueden aplicar sanciones de carácter administrativo, no precisamente abocarse directamente al ámbito penal, siempre y cuando los recursos a cargo del funcionario público no hayan sido utilizados para uso personal y que sean justificables siempre dentro del ámbito de la administración pública.

En cuanto a la regulación específica en el Artículo 30, establece lo siguiente:

“Se reforma el Artículo 447 del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República y sus reformas, el cual queda así: Artículo 447. Malversación. Comete delito de malversación, el funcionario o empleado público que diere a los caudales, efectos o bienes 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 ocasiona daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en una tercera parte. Si los caudales, efectos o bienes



estuviesen destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena se aumentará en dos terceras partes."

Es importante establecer que el delito de malversación, se encuentra regulado en el ordenamiento penal guatemalteco, y que se comete por funcionario o empleado público, la sanción para este delito es penada con prisión de dos a seis años de prisión y una multa de veinte mil a cincuenta mil quetzales, de igual manera contiene un incremento de la pena, pero es importante regular de igual manera que también es se debe de sancionar de manera administrativa este delito lo cual se abordara más adelante dentro del presente estudio.

### **3.4. Aspectos generales de la corrupción**

Lamentablemente, el Estado de Guatemala a través de la historia ha sido golpeado por los actos de corrupción por parte de funcionarios públicos, por delitos cometidos en contra de la administración pública que realizaron en su mandato. Estos, a través de los años, se han encargado de generar daños al país, con la comisión de diversos delitos y aprovechándose del poder que tienen para no ser investigados legalmente y que estos delitos queden en la impunidad.

El Estado de Guatemala, a través del tiempo y como una necesidad para combatir diversidad de actos delictivos y vacíos legales que deja el ordenamiento jurídico guatemalteco, se ha visto en la necesidad de ratificar instrumentos internacionales en diversas materias, como laboral, derechos humanos, comercio internacional y para



combatir la corrupción un flagelo que ha afectado a la sociedad desde hace mucho tiempo a nivel mundial por lo cual instituciones internacionales como la Organización de Naciones Unidas ha buscado los mecanismos para la erradicación de dicho problema.

Actualmente, los índices de corrupción que se viven en Guatemala son bastante alarmantes, derivado del último censo realizado por la Fundación para el Desarrollo de Guatemala, FUNDESA, la cual establece que el país no ha logrado avances en los últimos años en la lucha contra la corrupción y situándose dentro de los primeros lugares a nivel latinoamericano, por lo cual el Estado ha tenido que implementar normas jurídicas para combatir este problema, el cual se da principalmente en la administración pública de los recursos del Estado.

Para tener un mejor conocimiento de lo que es la corrupción y cómo afecta a una sociedad, es importante establecer una definición al respecto, ya que existen diversos tratadistas, tanto nacionales como extranjeros, que han dado su postura al respecto para lo cual se citan las siguientes definiciones de corrupción:

El jurista Guillermo Concha al respecto establece que: “La corrupción en términos generales puede entenderse como la articulación de condiciones y acciones que hacen posible la utilización de bienes, espacios, servicios, instancias y procedimientos (privados o públicos) para beneficio propio y personal, en desmedro de los intereses generales o bien común.”<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Concha, Guillermo. **El desafío hacia el gobierno abierto en la hora de la igualdad**. Santiago, Chile: Editorial CEPAL, 2012. Pág 78



Según la definición anterior, al respecto de lo que es la corrupción, se aborda que ésta se enfoca propiamente a buscar un bien personal a través de diversos actos fuera del margen de la ley que sirven para provecho del funcionario público, utilizando bienes, espacios servicios y en muchas ocasiones dinero de una entidad no importando su naturaleza si esta es de carácter pública o privada.

Otra de las definiciones la establece la guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción indicando: "Implica el desvío en el uso o ejercicio de un poder conferido, sea en el ámbito público o privado, con el propósito de lograr un beneficio personal o de ciertos grupos, afectando el interés o bien común.

Hasta hace pocos años, la corrupción se asociaba con énfasis exclusivo al Gobierno y los funcionarios públicos, pero esta perspectiva se modificó de manera significativa en las dos últimas décadas, al tomar conciencia del papel protagónico que las empresas (nacionales y transnacionales) o actores privados pueden jugar en la corrupción."<sup>44</sup>

Según lo antes expuesto, al respecto de la definición de lo que es la corrupción, se establece que es un desvío de poder, el cual se le ha atribuido a una persona, ya sea en el ámbito público o privado, para lo cual al respecto del presente estudio se enfoca en el ámbito público y este poder se les atribuye a las personas con la investidura de funcionario público, principalmente los de altos cargos ya que estos aprovechan el poder que les da el cargo, lo cual genera que se den los actos de corrupción.

---

<sup>44</sup> Estupiñan, Alfredo. **Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción**. Berlín, Alemania: Editorial Internacional, 2009. Pág. 49



El tema de corrupción, ha sido un problema de carácter mundial y Guatemala no ha quedado excluida de este problema, el cual es de carácter social, económico y jurídico, lo cual afecta grandemente a la sociedad. Guatemala ha buscado la manera de combatir este fenómeno delincencial, pero lamentablemente hasta la fecha no ha podido contrarrestar esta situación, a pesar de los múltiples esfuerzos.

Con la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala fuera de funciones, le corresponde el trabajo de luchar contra la corrupción al Ministerio Público quien por mandato constitucional ejerce la persecución penal, y quien la delega a las diferentes fiscalías que lo conforman.

Uno de los principales problemas jurídicos que afronta el combate a la corrupción no solo en Guatemala sino en muchos países de Latinoamérica, es la falta de actualización de las normas jurídicas, enfocadas al tipo penal de los delitos relacionados a la corrupción. Esto ha generado un estancamiento severo, puesto que el Ministerio Público puede realizar su trabajo de investigación criminal, pero al momento de ser procesados los funcionarios públicos por delitos de corrupción las normas legales no son acordes a la realidad que se vive en el país, por lo cual muchos de estos quedan absueltos y el delito que han cometido, impune.

Como es sabido el Ministerio Público, tiene a su cargo la investigación criminal y la persecución penal en muchas ocasiones esta institución se encuentra encargada de investigar delitos relacionados a la corrupción, los cuales son cometidos por funcionarios públicos, pero en la realización de ésta, se dan muchas obstaculizaciones principalmente



de carácter político lo cual ha interrumpido las actuaciones del ente investigador y muchos de estos delitos han quedado impunes.

Para una efectiva investigación de los delitos de corrupción el Ministerio Público ha implementado fiscalías especiales para la persecución penal estrategia de este tipo de delitos siendo una las principales la Fiscalía Contra la Corrupción, muy conocida como FECl, pero de igual manera esta la Fiscalía de Delitos Administrativos, la cual tiene como función investigar todos los delitos relacionados a la administración pública y al ámbito administrativo de las instituciones que conforman dicha administración.

Asimismo, dentro de la legislación guatemalteca y principalmente lo contenido en la Constitución Política de la República de Guatemala, el principal deber del Estado es la protección de la persona y de la familia, así como también la de brindar seguridad, esta protección se le debe proporcionar a cualquier persona que en su diario vivir se le imputa de la comisión de una acción delictiva de cualquier naturaleza y que se encuentre regulada como delito dentro del ordenamiento penal guatemalteco, pero en muchas ocasiones por los índices de impunidad que se manejan dentro de las instituciones del Estado, la comisión de estos delitos quedan impunes ya que no existe castigo aunque se encuentre regulado en la ley.

### **3.5. Delitos relacionados con la corrupción**

Antes de abordar los delitos que actualmente se encuentran relacionados con la corrupción en Guatemala, que son diversos, derivado que la actividad de la



administración pública es bastante amplia, es importante conocer los aspectos más relevantes del delito como tal y determinar en qué consiste y cómo actualmente se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico legal guatemalteco y las sanciones a que están expuestas las personas que cometen un hecho delictivo.

El delito tiene su antecedente en el derecho canónico, derecho romano y derecho germano, que fueron los primeros que regularon y realizaron algunos estudios de esa disciplina jurídica, delito es propiamente la violación de la ley penal o para ser más exactos, la infracción de una orden o prohibición impuesta por la ley; en consecuencia, el delito se conocerá como todo hecho al cual el ordenamiento jurídico penal le adscribe como consecuencia una pena, impuesta por la autoridad judicial por medio de un proceso.

Asimismo, se hace mención que el delito es considerado como un fenómeno social que afecta a la población, además, son todas las conductas antisociales que se encuentran reguladas en el ordenamiento jurídico específico, como lo es el Código Penal y en sus leyes conexas, mismas que tienen como objeto tipificar las conductas que se han considerado ilícitas, por parte del legislador, con el fin de contrarrestar los altos índices de criminalidad que generan limitantes en el desarrollo integral de los habitantes. Por otra parte, existen diversos puntos de vista del origen del delito, sus efectos, su forma de combatirlo, los mecanismos de prevención y su necesidad de incorporarlo al ordenamiento jurídico, así como la intervención de las instituciones estatales que velan tanto por contrarrestar la delincuencia, como prevenir dichas acciones antisociales y antijurídicas. De igual manera, el Estado de Guatemala, con la finalidad de combatir los actos de corrupción dentro de la administración pública en el país, ha buscado los



mecanismos legales tanto nacionales como internacionales para combatir la **corrupción**.

En estos esfuerzos, Guatemala ratifica la Convención Interamericana Contra la Corrupción, la cual tiene como ámbito de aplicación todos los actos de corrupción.

Dicha normativa internacional regula dos delitos importantes para combatir la corrupción, siendo estos el soborno transnacional y el enriquecimiento ilícito, ambas figuras jurídicas son parte importante de los actos de corrupción que se pueden dar en la administración pública y que se ha visto que se dan en diversos Estados.

En Guatemala, existe una tipificación específica que regula los delitos relacionados a la corrupción, que es la Ley Contra la Corrupción. Esta ley tiene su base en los delitos que ya se encontraban regulados en el Código Penal, Decreto Numero 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, y para el efecto, se abordarán a continuación.





## CAPÍTULO IV

### **4. La prejudicialidad administrativa ante el delito de malversación**

En casos concretos posterior a la realización de una Auditoria Anual a determinada institución en donde el Auditor Gubernamental por los hallazgos señala un delito de malversación, inicia una investigación la cual se ve suspendida muchas veces porque es necesario contar con un Examen especial ya sea financiero o de infraestructura de determinada obra o proyecto, elaborado por la Contraloría General de Cuentas debido que es la Institución a la que la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 232 establece que es la Institución fiscalizadora de los ingresos y egresos y en general de todos los y recursos con los que cuenta el Estado para cumplir su finalidad.

#### **4.1. Aspectos generales del Ministerio Público**

Actualmente dentro del territorio nacional se cometen una serie de delitos tanto por particulares como por funcionarios públicos, algunos funcionarios actualmente cuentan con el derecho de antejuicio por la figura jurídica del puesto que desempeñan en otras ocasiones no y el Ministerio Público debe de investigar de oficio.

Tal es el caso de muchos funcionarios que cometen el delito de malversación y al no tener esta protección son investigados por dicha institución, por diversas fiscalías como la Fiscalía Especial Contra la Impunidad, así como la fiscalía de delitos administrativos, todo esto con la finalidad de dar cumplimiento a la investigación criminal y la persecución



penal estratégica, derivado de esto es importante conocer el trabajo que realiza el Ministerio Público en delitos relacionados a la malversación.

El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales encargada, de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código Procesal Penal y la Ley Orgánica que rige su funcionamiento, del ejercicio de la acción penal pública, así como, de la investigación preliminar para preparar el ejercicio de la acción.

A estos efectos, también tiene posibilidades de ejercer coerción sobre las personas para poder cumplir con esta función y dirige a la policía en cuanto a la investigación el delito se refiere.

De lo anterior, se determina con precisión su ubicación institucional, esto es, cual es la relación que el Ministerio Público mantiene con las demás instituciones u organismos del Estado, la preocupación proviene de la necesidad de garantizar que no se abuse de tal poder. De esta manera se prevén los mecanismos constitucionales y legales que permiten que el poder de persecución penal no sea utilizado con intereses políticos sectoriales para perjudicar o beneficiar a alguna persona o grupo.

Por lo tanto, se indica que el Ministerio Público es un órgano extrapoder, es decir no subordinado a ninguno de los organismos del Estado Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sino que ejerce sus funciones de persecución penal, de conformidad con lo prescrito por la Constitución Política de la República de Guatemala y en la ley de conformidad con el



Artículo 3, dicho Artículo también le da autonomía en su ejecución financiera y presupuestaria, como uno de los mecanismos para garantizar la independencia que pregonaba la ley.

La evolución del Ministerio Público se dio en la organización jurídica de Grecia y Roma, para el caso de Grecia es importante mencionar lo siguiente: "El antecedente más remoto del Ministerio Público se encuentra en Grecia en la figura del arconte, magistrado que intervenía en los juicios en representación del ofendido y sus familiares por la incapacidad o la negligencia de éstos. Se ha insistido, sin embargo, que entre los atenienses la persecución de los delitos era una facultad otorgada a la víctima y a sus familiares."<sup>45</sup>

El surgimiento de una persona que interviniera en un juicio representando al ofendido o señalado con base en su inexperiencia en diversos temas, principalmente en la investigación de crímenes, razón por la cual, existía un representante especializado en dichas acciones para esclarecer la verdad ante la autoridad.

Por otra parte, en Roma "Los funcionarios denominados *judices questiones* tenían una actividad semejante a la del Ministerio Público por cuanto estaban facultados para comprobar los hechos delictivos, pero sus atribuciones características eran puramente jurisdiccionales. El procurador del César, del que habla el Digesto en el libro primero, título diecinueve, ha sido considerado también como un antecedente de la institución debido a que, en representación del César, tenía facultades para intervenir en las causas

---

<sup>45</sup> Suárez, Gerardo. **Los fiscales indianos: origen y evolución del Ministerio Público**. Editorial Academia nacional de historia. Caracas, Venezuela. 1995. Pág. 12



fiscales y cuidar el orden en las provincias del Imperio. En razón de que en la baja edad media la acusación por parte del ofendido o por sus familiares decayó en forma notable, surgió un procedimiento de oficio o por pesquisa que dio origen a lo que se llamaría Ministerio Público, aunque con funciones limitadas, siendo la principal de ellas perseguir los delitos y hacer efectivas las multas y las confiscaciones decretadas como consecuencia de una pena.”<sup>46</sup>

A mediados del Siglo XIV el Ministerio Público, interviene en forma abierta en los juicios del orden penal, pero sus funciones se precisan de modo más claro durante la época napoleónica en la que, inclusive, se estableció su dependencia del poder ejecutivo por considerársele como representante del interés social en la persecución de los delitos. De Francia se extendió a Alemania y pasó sucesivamente a casi todos los países del mundo como representante de los grandes valores morales, sociales y materiales del Estado.

En Guatemala, el Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales, encargada, según la Constitución Política de la República, el Código Penal y la Ley Orgánica del Ministerio Público, del ejercicio de la acción penal pública, así como de la investigación preliminar para preparar el ejercicio de la misma acción.

Asimismo, ejerce coerción sobre las personas para poder cumplir con esta función y dirige a la policía en cuanto a la investigación del delito que se refiere. La ley procesal confiere al Ministerio Público la función de promover y perseguir la acción penal, es decir, de

---

<sup>46</sup> Ibíd. Pág. 13



estimular al órgano jurisdiccional y requerirle una decisión justa sobre el fundamento de pretensión represiva que emerge del delito.

“Luego de la reforma constitucional, la institución ha mejorado en dos sentidos especialmente, el primero en que la procuraduría general de la nación y el Ministerio Público son instituciones separadas y con funciones distintas.”<sup>47</sup>

Lo anterior, surge como consecuencia de la necesidad de dividir dos instituciones para asignar funciones específicas y ámbitos de actuación, lo cual era un avance en el momento de la reforma e inicio un avance en el sector justicia.

La Ley Orgánica del Ministerio Público en el Artículo 1 establece sus funciones, siendo estas “promover la persecución penal y dirigir la investigación de los delitos de acción pública, velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país, perseguir la realización de la justicia, actuar con objetividad, imparcialidad y con apego al principio de legalidad.”

Por otro lado el Artículo 2 de la misma Ley Orgánica del Ministerio Público le asigna otras funciones, siendo estas:

- a) “Investigar los delitos de acción pública y promover la persecución penal ante los tribunales según las facultades que le confieren la Constitución, las leyes de la República y los tratados y convenios internacionales.

---

<sup>47</sup> García Ramírez, Sergio. **Poder Judicial y Ministerio Público**. Editorial Porrúa. México. 1996. Pág. 75



- b) Ejercer la acción civil en los casos previstos por la ley, y asesorar a quien pretenda querrellarse por delitos de acción privada de conformidad con lo que establece el Código Procesal Penal.
- c) Dirigir a la policía y demás cuerpos de seguridad del Estado en la investigación de hechos delictivos.
- d) Preservar el Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, efectuando las diligencias necesarias ante los tribunales de justicia.”

Las funciones antes mencionadas, son consideradas como más específicas, siendo importante destacar que la intervención del Ministerio Público se manifiesta ante la presunción de la existencia de un hecho delictivo y por ende su actividad radica en la averiguación de la verdad.

El Ministerio Público “Actuará independientemente, por propio impulso y en cumplimiento de las funciones que le atribuyen las leyes, sin subordinación a ninguno de los organismos del Estado ni autoridad alguna.

Anualmente tendrá una partida en el Presupuesto General de la Nación y sus recursos los administrará de manera autónoma en función a sus propios requerimientos.”<sup>48</sup>

La autonomía de funcionamiento antes descrita, genera un beneficio tomando en cuenta que las demás instituciones tanto del sector justicia como del sector público no inciden

---

<sup>48</sup> Ministerio Público. **Manual del fiscal**. Guatemala. 2001. Pág. 328



en la actuación ni en el ámbito económico, lo cual garantiza la eficiencia en su actuación y la persecución efectiva en temas de violación a las leyes a nivel nacional.

Para el ejercicio de las funciones del Ministerio Público, el Artículo 47 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, señala lo siguiente: “En el ejercicio de sus funciones los fiscales estarán sujetos únicamente a la Constitución Política de la República de Guatemala, los Tratados y Convenios Internacionales, la ley y las instrucciones dictadas por su superior jerárquico en los términos establecidos por esta ley.”

El Ministerio Público fue creado con base en el Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece que el Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales, con funciones autónomas de rango constitucional, cuyo fin principal es velar por el estricto cumplimiento de las leyes en Guatemala.

El Ministerio Público se rige por su Ley Orgánica, Decreto Número 40-94 del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas. El Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público está facultado para emitir acuerdos específicos relacionados con la estructura organizacional de las áreas administrativa y de investigaciones, con el objeto de adecuarlas a las necesidades del servicio y a la dinámica administrativa. Al Consejo del Ministerio Público le compete la creación o la supresión y la determinación de la sede, ámbito territorial de las fiscalías distritales, de sección y municipales, a propuesta del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, según el Artículo 251 de la Constitución de la República de Guatemala. El Acuerdo Número 11-95 del Fiscal General



de la República y Jefe del Ministerio Público, de fecha 04 de julio de 1995, aprueba el Manual de Organización del Ministerio Público que contiene la estructura organizacional de la institución. El Acuerdo MP- 12-2007, emitido también por el Fiscal General de la República, de fecha 12 de marzo de 2007, incluye el Reglamento de organización y funcionamiento del área administrativa del Ministerio Público.

El Ministerio Público, es por mandato constitucional el ente investigador y encargado de la persecución penal, dicha institución tiene la potestad de utilizar todos los medios posibles para la investigación criminal, además, debe contar con personal experto en diversas materias, con el objeto de realizar una investigación de forma efectiva.

Derivado de todo lo antes descrito, es importante que el Ministerio Público realice las investigaciones idóneas, a través de las fiscalías correspondientes las investigaciones idóneas en contra de funcionarios públicos que cometen el delito de malversación de fondos regulado tanto en el Código Penal, Decreto Número 17-73 como en la Ley Contra la Corrupción, la cual se encuentra regulada en el Decreto Número 31-2012 del Congreso de la República de Guatemala, las cuales actualmente regulan el delito de malversación en Guatemala.

#### **4.2. Contraloría General de Cuentas**

Otra de las instituciones a abordar dentro de la presente investigación jurídica es la Contraloría General de Cuentas, la cual se encarga de verificar la inversión y los gastos públicos que realizan todas las instituciones del Estado de Guatemala, tanto



centralizadas, descentralizadas, autónomas y semiautónomas, por lo cual deben de verificar que no se cometa ningún tipo de delito en contra del presupuesto público por parte de los funcionarios públicos, derivado de esto deben de verificar todo lo relacionado a la malversación de fondos.

Es la institución encargada de la transparencia del gasto público y probidad de los funcionarios públicos, con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas. También están sujetos a esta fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier otra persona que, por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos.

La Contraloría General de Cuentas tiene una serie de funciones principales que son de suma importancia mencionar:

- a) Practicar con absoluta independencia, la función fiscalizadora de la Hacienda Pública y de la ejecución del Presupuesto General de Ingresos y Egresos de la Nación;
- b) Verificar el numerario, los valores y demás rentas que están en poder de las personas o instituciones sujetas a fiscalización;
- c) Revisar y verificar las existencias postales, fiscales, Artículos estancados y otros valores del Estado;
- d) Controlar todas las emisiones de la deuda pública, billetes de banco, de loterías, bonos y otros autorizados por ley;



- e) Emitir opinión cuando se le consulte sobre cualquier erogación o gasto que se estime irregular o innecesario, y sugerir las medidas que deban adoptarse en el caso; y
- f) Registrar los títulos profesionales y los diplomas otorgados por la Universidad de San Carlos de Guatemala, instituciones educativas públicas y privadas, así como los despachos militares que otorga el Ejército.

La Contraloría General de Cuentas tiene una serie de unidades administrativas y que son principales mencionar:

1. Despacho del Contralor General;
2. Despacho del Subcontralor;
3. Departamento Administrativo;
4. Departamento de Fiscalización;
5. Escuela de Control Gubernamental.

La Constitución de 1985 de Guatemala define una separación de poderes entre los organismos del gobierno, siendo éstos el Organismo Ejecutivo, Legislativo y Judicial. El Presidente y Vicepresidente son electos directamente por medio de sufragio universal y limitados a un período. Los magistrados también son electos por periodos, pero éstos si pueden ser reelectos, al igual que los diputados. Los tres poderes son los encargados de velar por el destino del país.

El Fiscal General por su parte es elegido por el Presidente de la República al igual que el Contralor General, quienes se encargan de auxiliar al Organismo Judicial en la aplicación



de la Justicia Penal, y a controlar y fiscalizar el gasto público, a efecto de que las arcas del Estado sean aplicados correctamente y de conformidad con la ley.

Si cada una de las dependencias del Estado realizara su actividad en lo establecido en la Constitución Política y leyes especiales, Guatemala sería un país con una mejor economía, con un mínimo de violencia e índice delincencial, lamentablemente muchas de las personas que llegan al poder lo hacen con el ánimo de enriquecerse personalmente y no de servir a su país en busca de alcanzar el bien común.

Las instituciones del sector público, arriba indicadas se encuentran establecidas en la Constitución Política de la República, determinando la función y algunas atribuciones, pues las demás se encuentran establecidas en normativas específicas con el propósito de estas últimas como órganos de fiscalización de las instituciones del sector público guatemalteco.

La Contraloría General de Cuentas tal y como lo establece el Artículo 232 de la Constitución Política de la República de Guatemala es la Institución técnica descentralizada con funciones fiscalizadoras. Asimismo, se establece la Ley Orgánica del Tribunal y de la Contraloría General de Cuentas, Decreto 1162 del Congreso de la República regula en su Artículo 2º que “la Contraloría General de Cuentas es una institución técnica con absoluta independencia de funciones.”

De acuerdo a las normas anteriormente descritas se puede decir que la Contraloría General de Cuentas es, en carácter de institución constitucional, una persona de Derecho



Público capaz, tanto de ejercitar y adquirir derecho, así como acatar y contraer obligaciones, de acuerdo a lo que establezcan las normas constitucionales, ordinarias y reglamentarias, que rigen sus propósitos, su actividad y su funcionamiento.

Se dice que la Contraloría General de Cuentas es una institución técnica esto es porque debe realizar su trabajo con metodología científica; y por otro lado una institución descentralizada tal como lo establece el Artículo 232, que la Contraloría General de Cuentas es una Institución descentralizada; y finalmente el Artículo 2º del Decreto 1126 que funcionalmente es independiente; o sea que su división esta fuera de la línea de mando del Gobierno Central y que su función la realiza sin sujeción alguna a otro órgano estatal; excepto por la obligación bastante general que les señala el Artículo 14 del misma ley, de proporcionar cualquier informe, dato o dictamen, o practicar expertaje fiscalización o auditoria que ordenen los organismos del Estado.

Asimismo, dentro de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas Decreto Número 31-2002, regula dentro de su Artículo 4 lo relativo a las atribuciones de la Contraloría General de Cuentas en la cual estipula lo siguiente:

“La Contraloría General de Cuentas tiene las atribuciones siguientes:

- a) Ser el órgano rector de control gubernamental. Las disposiciones, políticas y procedimientos que dicte en el ámbito de su competencia, son de observancia y cumplimiento obligatorio para los organismos, instituciones, entidades y demás personas a que se refiere el Artículo 2 de la presente Ley;



- b) Efectuar el examen de operaciones y transacciones financieras-administrativas a través de la práctica de auditorías con enfoque integral a los organismos, instituciones, entidades y demás personas a que se refiere el Artículo 2 de esta Ley, emitiendo el informe sobre lo examinado de acuerdo con las normas de auditoría generalmente aceptadas y de auditoría gubernamental vigentes;
- c) Normar el control interno institucional y la gestión de las unidades de auditoría interna, proponiendo las medidas que contribuyan a mejorar la eficiencia y eficacia de las mismas, incluyendo las características que deben reunir los integrantes de dichas unidades;
- d) Evaluar los resultados de la gestión de los organismos, instituciones, entidades y personas a que se refiere el Artículo 2 de la presente Ley, bajo los criterios de probidad, eficacia, eficiencia, transparencia, economía y equidad;
- e) Auditar, emitir dictamen y rendir informe de los estados financieros, ejecución y liquidación del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, y los de las entidades autónomas y descentralizadas, enviando los informes correspondientes al Congreso de la República, dentro del plazo constitucional;
- f) promover de oficio y ser parte actora de los Juicios de Cuentas en contra de los funcionarios y empleados públicos que no hubieren desvanecido los reparos o cargos formulados por la Contraloría General de Cuentas;
- g) Requerir a la autoridad nominadora, la suspensión en forma Inmediata del funcionario o empleado público encargado de la custodia, manejo y administración de los valores públicos, cuando se hubieren detectado hechos presuntamente constitutivos de delito, vinculados con sus atribuciones y, además, denunciarlos ante las autoridades competentes;



- h) Nombrar interventores en los asuntos de su competencia, de carácter temporal, en los organismos, instituciones o entidades sujetas a control, cuando se compruebe que se está comprometiendo su estabilidad económica-financiera;
- i) Autorizar los formularios, sean estos impresos o en medios informáticos, destinados a la recepción de fondos y egresos de bienes muebles y suministros, a excepción de aquellos referentes a los aspectos administrativos de las entidades a que se refiere el Artículo 2 de esta ley, así como controlar y fiscalizar su manejo;
- j) Examinar la contabilidad de los contratistas de obras públicas y de cualquier persona individual o jurídica que, por delegación del Estado, reciba, invierta o administre fondos públicos, así como en aquellas en que el Estado delegue la administración, ejecución o supervisión de obras o servicios públicos, en lo relacionado con fondos del Estado;
- k) Autorizar y verificar la correcta utilización de las hojas movibles, libros principales y auxiliares que se operen en forma manual, electrónica o por otros medios legalmente autorizados de las entidades sujetas a fiscalización;
- l) Cuando las circunstancias lo demanden y, de manera exclusiva, calificar y contratar Contadores Públicos y Auditores Independientes, que sean Colegiados Activos en forma individual o como Firmas de Auditoría, para realizar auditorías en los organismo, entidades y personas a que se refiere el Artículo 2 de la presente Ley, quedando sujetas éstas a la supervisión de la Contraloría General de Cuentas;
- m) Promover la eficiencia profesional de los auditores gubernamentales, a través de un plan de capacitación y actualización continua;
- n) Promover mecanismos de lucha contra la corrupción;
- o) Verificar la veracidad de la información contenida en las declaraciones de probidad presentadas por los funcionarios y empleados públicos, de conformidad con la ley de



la materia y la presente Ley;

- p) De acuerdo con las características de las entidades sujetas a examen, la Contraloría General de Cuentas podrá contratar especialistas de otras disciplinas profesionales para que participen en las auditorías, debiendo estos emitir un Dictamen Técnico de acuerdo con su especialidad;
- q) Ejercer control de las emisiones de las especies postales, fiscales, de bonos, cupones y otros documentos o títulos de la deuda pública emitidos por el Estado o del municipio, billetes de lotería nacional o cualesquiera otros documentos o valores que determine la ley,
- r) Controlar la incineración o destrucción de cédulas, bonos, cupones y cualesquiera otros documentos o títulos de crédito del Estado o del municipio y demás instituciones sujetas a su fiscalización;
- s) Emitir opinión o dictámenes sobre asuntos de su competencia que le sean requeridos por los Organismos del Estado o entidades sujetas a fiscalización,
- t) Coadyuvar con el Ministerio Público en la investigación de los delitos en contra de la hacienda pública;
- u) Promover un programa de digitalización de documentos y expedientes de las entidades sujetas a fiscalización;
- v) Informar, publicitar, divulgar y educar sobre el contenido de la presente Ley;
- w) Cualquier otra atribución que se le delegue en ésta y otras leyes.” Como se observa entre las atribuciones de la Contraloría General de Cuentas, se encuentra en los incisos que debe de actuar de manera íntegra y que debe de solicitar la suspensión de toda actividad anómala que los funcionarios públicos cometan en contra del presupuesto de ingresos y egresos del Estado, entre estos flagelos se encuentra lo

relacionado al delito de malversación de fondos regulado en el Código Penal, Decreto  
Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.



### **4.3. Sistema presupuestario guatemalteco**

Para determinar cómo se comete el delito de malversación dentro de la administración pública guatemalteca, es importante conocer el sistema presupuestario que actualmente se da en las distintas instituciones del sector público en el país, para lo cual la Ley Orgánica del Presupuesto de ingresos y egresos del Estado regula lo siguiente:

“Artículo 7.- El Sistema Presupuestario. El Sistema Presupuestario lo constituyen el conjunto de principios, órganos, normas y procedimientos que rigen el proceso presupuestario de todos los organismos y entidades que conforman el sector público y que se describen en esta ley y su reglamento.”

La definición antes mencionada, tiene una amplia proyección, pues abarca las políticas del gasto, es decir, los programas y proyectos, pero también la política fiscal, la que en gran medida le permite al Estado hacerse de los recursos económicos para cumplir las proyecciones estipuladas en el Congreso. Dicha proyección se encuentra estipulada en el Artículo 1 del Decreto antes citado, el cual regula lo siguiente:

“Artículo 1. Objeto. La presente Ley tiene por objeto establecer normas para la constitución de los sistemas presupuestarios, de contabilidad integrada gubernamental, de tesorería y de crédito público, a efecto de:



- a) Realizar la planificación, programación, organización, coordinación, ejecución, control, de la captación y uso de los recursos públicos bajo los principios de legalidad, economía, eficiencia, eficacia, calidad, transparencia, equidad y publicidad en el cumplimiento de los planes, programas y proyectos de conformidad con las políticas establecidas;
- b) Sistematizar los procesos de programación, gestión y evaluación de los resultados del sector público;
- c) Desarrollar y mantener sistemas integrados que proporcionen información oportuna y confiable sobre el comportamiento de la ejecución física y financiera del sector público;
- d) Velar por el uso eficaz y eficiente del crédito público, coordinando los programas de desembolso y utilización de los recursos, así como las acciones de las entidades que intervienen en la gestión de la deuda interna y externa;
- e) Fortalecer la capacidad administrativa y los sistemas de control y seguimiento para asegurar la calidad del gasto público y el adecuado uso de los recursos del Estado;
- f) Responsabilizar a la autoridad superior de cada Organismo o entidad del sector público, por la implementación y mantenimiento de:
- 1) El Sistema Contable Integrado que responda a las necesidades de registro de la información financiera y de realizaciones físicas, confiables y oportunas, acorde a sus propias características, de acuerdo con normas internacionales de contabilidad para el sector público y las mejores prácticas aplicables a la realidad nacional.



- 2) Un eficiente y eficaz sistema de control interno normativo, financiero, económico y de gestión sobre sus propias operaciones, organizado en base a las normas generales emitidas por la Contraloría General de Cuentas.
- 3) Procedimientos que aseguren el eficaz y eficiente desarrollo de las actividades institucionales y la evaluación de los resultados de los programas, proyectos y operaciones.
- 4) La implementación de los principios de transparencia y disciplina en la administración pública que aseguren que la ejecución del gasto público se lleve a cabo con racionalidad y haciendo un uso apropiado e idóneo de los recursos.

La disposición antes citada, determina las funciones, la aplicación, la actividad y los principios que, de una u otra manera, regulan lo relativo a los presupuestos y egresos del Estado.

#### **4.3.1. Fases del ciclo presupuestario en Guatemala**

Los Sistemas Presupuestarios, por lo general se subdividen en cuatro fases comunes mismas que deben de observarse en el presupuesto presupuestario, siendo estas:

A) formulación,

b) aprobación,

c) ejecución y,



d) control y evaluación.

Por su parte, la Ley Orgánica del Presupuesto, no regula en su totalidad dichas fases ni mucho menos desarrolla algunas de ellas, para lo cual dichas fases se encuentran en el instrumento jurídico citado de la manera siguiente: Formulación, ejecución, evaluación y liquidación del presupuesto. Lo que se determina, es la falta de actualización de las tendencias y teorías modernas en materia presupuestaria en el ordenamiento jurídico citado, lo que pone de manifiesto la desactualización de dichas normas.

### **1. Fases de formulación e integración**

Desde el punto de vista teórico, dicha fase se desarrolla en el Organismo Ejecutivo, teniendo como subfaces, las siguientes: la planeación, la programación, integración, y la presentación del presupuesto al Congreso de la República de Guatemala.

Todas estas fases están de conformidad con la actividad que desarrolla el Ministerio de Finanzas Públicas a través de la Dirección Técnica del Presupuesto, que en términos generales constituye el Órgano Rector del Proceso Presupuestario, requiriendo en primer lugar de la Secretaria de Planificación y Programación de la Presidencia SEGEPLAN toda vez, que dicha entidad es tutelar de dicha inversión pública y por ende, debe estar presente el informe de la evaluación de la ejecución de la política general del Gobierno, además, se requiere que el Banco de Guatemala proporcione los indicadores macroeconómicos, así como la Súper Intendencia de Administración Tributaria, elabore la estimación de ingresos cuya recaudación se prevé para el año siguiente.



Con base en la evaluación de la ejecución de la política general del Gobierno, la Dirección Técnica del Presupuesto y SEGEPLAN en forma conjunta, deberá promover la política presupuestaria, así como los lineamientos básicos de carácter general para la formulación del proyecto presupuesto general de ingresos y egresos, mismo que posteriormente luego de ser aprobados por el presidente serán trasladados a las unidades ejecutoras de las diferentes dependencias de la administración pública, para que con base en ellos planteen sus anteproyectos de presupuestos institucionales, asimismo, resulta indispensable señalar que en forma conjunta la Dirección de Crédito Público de Ministerios de Finanzas y el Banco de Guatemala, elaboraran un presupuesto exploratorio global e institucional.

## **2. Fases de discusión y aprobación**

Esta fase inicia en el momento en que el Organismo Ejecutivo presenta al Congreso de la República, el Proyecto del Presupuesto General de Ingresos y Egresos, el cual de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, tiene la potestad de aprobarlo, modificarlo o improbarlo. La aprobación deberá darse quince días antes a que inicie el ejercicio fiscal correspondiente, equivalente en fecha 1 de diciembre y vencido tal plazo, si se iniciare el año fiscal siguiente, sin que se hubiese logrado la aprobación respectiva, regirá el presupuesto vigente en el ejercicio fiscal que estaba por concluir, mismo que podrá ser ajustado o modificado por el Congreso de la República.

Es importante destacar, que la Ley Orgánica del Presupuesto, no contempla disposición alguna sobre el proceder que deberá observar o desarrollar los diferentes Órganos del



Congreso de la República tales como. La Comisión Legislativa respectiva; el Pleno, o la instancia de jefes de bloques legislativos. Sin embargo, tampoco la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, Decreto Número 63-94, establece un procedimiento específico o particular para la discusión o aprobación del Presupuesto General de Ingresos y Egresos de la Nación.

En este contexto, la práctica y lógica parlamentaria, ha determinado que se deban aplicar las disposiciones generales que se contemplan en el proceso de aprobación de una ley, a saber: tras la remisión del Proyecto de la vía formal, el Proyecto y sus documentos complementarios se presentan al Pleno del Congreso al momento de la lectura del despacho calificado en la sesión ordinaria inmediata a su remisión; el Pleno remite esta documentación a la Comisión de Finanzas Públicas y de la Moneda, instancia a quien delega el tratamiento e este tema contando con cuarenta y cinco días hábiles para emitir dictamen favorable a la propuesta presentada por el Organismo Ejecutivo, la que generalmente se presenta al Pleno del Congreso con modificaciones.

### **3. Fases de ejecución e implementación**

Asimismo, en el Artículo 25 de la Ley Orgánica del Presupuesto, Decreto Número 101-97, del Congreso de la República de Guatemala, establece la ejecución de los ingresos se regirán por leyes y reglamentos que determinan su creación e implementación de la siguiente manera: "Artículo 25. Ejecución del presupuesto de ingresos. La ejecución del presupuesto de ingresos se regirá por las leyes y reglamentos que determinan su creación y administración, así como por las normas y procedimientos establecidos por el



órgano rector del sistema presupuestario. La Administración Tributaria será responsable del registro de los ingresos tributarios en el Sistema de Contabilidad Integrada SICOIN, así como del cumplimiento de procesos legales y administrativos derivados del mismo y proporcionará la información que requiera el Ministerio.”

Para el efecto, en materia de ejecución presupuestaria, se toma en consideración la vigencia del mismo y en ese orden, se debe tener presente que es necesaria la emisión de un Acuerdo Gubernativo, toda vez que las entidades públicas proponen al Ministerio de Finanzas la ejecución física y financiera de sus presupuestos y con dicha información, le corresponderá y distribuir en forma analítica por niveles previsto en los rubros o partidas presupuestarias. Asimismo, deberá planificar el flujo de caja mediante una programación trimestral o mensual respectivamente. Para ello, todas las instituciones del sector público antes del 15 de diciembre de cada año, deberán presentar al Ministerio de Finanzas, la programación inicial indicativa previo al inicio de cada trimestre para lo cual el Ministerio de Finanzas puede modificar las asignaciones presupuestarias aprobadas por el Congreso, las que a su juicio sean necesarias, podrán además, asignar más recursos,

#### **4. Fase de evaluación y liquidación de la ejecución presupuestaria**

Dicha etapa se relaciona directamente con la actividad realizada por los Órganos de control interno de las dependencias del Gobierno, así como las unidades de auditoría interna y el control externo, en por disposición legal es ejercido por la Contraloría General de Cuentas y por su parte el Ministerio de Finanzas Públicas y SEGEPLAN, en lo



concerniente a la inversión, tienen la obligación de evaluar la ejecución del presupuesto y para el efecto, debe aplicarse el Artículo 34 de la Ley Orgánica del Presupuesto que regula lo siguiente: “Artículo 34. Alcance de la evaluación. La evaluación presupuestaria comprenderá básicamente la medición de los resultados físicos y financieros obtenidos y los efectos producidos, el análisis de las variaciones observadas, con la determinación de las causas y la recomendación de medidas correctivas.”

Para el efecto, se deben tener presente que las medidas correctivas que le corresponde a las unidades administrativas, también financieras y de conformidad con la programación correspondiente, deberán presentar un avance de los programas, subprogramas y proyectos, además, de la asistencia financiera, así como los ingresos percibidos en forma analítica y si se trata de presupuestos de inversión deberá elaborarse un informe sobre el avance físico y financiero de los mismos con copia a SEGEPLAN.

Con respecto a la liquidación, esta se lleva a cabo cuando se ha concluido un periodo fiscal, y la fase de liquidación del presupuesto, establece que todas las dependencias están obligadas a reportar una memoria de labores y el Ministerio de Finanzas a presentar la liquidación presupuestaria, que a la vez deberá ser calificada por la Contraloría General de Cuentas o la Súper Intendencia de Bancos según corresponda y la evaluación de la misma, deberá ser presentada por esta entidad en un plazo de 150 días después del cierre del ejercicio fiscal anterior al Congreso de la República, quien deberá evaluar el desvanecimiento de hallazgos encontrados. Es importante establecer, que de conformidad con el Decreto 31-2000, la Contraloría General de Cuentas, deberá establecer también por principios de actuación dentro de la administración pública, entre



los cuales se encuentra la probidad, transparencia y honestidad y sobre todo, lo referente a la calidad del gasto público.

Finalmente, si el Congreso de la República, imprueba en todo o parcialmente el informe presentado, este instruirá a la Contraloría General de Cuentas de la Nación, que de existir responsabilidades administrativas, imponga las sanciones correspondientes, y en caso de delitos presente la denuncia al Ministerio Público para que se deduzcan las responsabilidades penales y civiles.

Como solución al presente estudio jurídico y a la problemática de la malversación de fondos en Guatemala, por parte de los funcionarios públicos, a criterio del ponente considera importante realizar una reforma a la Ley Contra la Corrupción, Decreto Número 31-2012 del Congreso de la República de Guatemala.

#### **4.4. Ventajas de la implementación de la reforma al delito de malversación en Guatemala**

En Guatemala, la intervención del Derecho Penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible, según el principio de subsidiariedad el Derecho Penal ha de ser de última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. Así como el principio de intervención mínima, en donde supone la necesidad de restringir al máximo la intervención de la ley penal, el poder sancionador no debe de actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios que sean efectivos para la protección de los principios y normas que rigen la convivencia social.



En casos concretos posterior a la realización de una Auditoria Anual a determinada institución en donde el Auditor Gubernamental por los hallazgos señala un delito de malversación, inicia una investigación la cual se ve suspendida muchas veces porque es necesario contar con un Examen especial ya sea financiero o de infraestructura de determinada obra o proyecto, elaborado por la Contraloría General de Cuentas debido que es la Institución a la que la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 232 establece que es la Institución fiscalizadora de los ingresos y egresos y en general de todos los y recursos con los que cuenta el Estado para cumplir su finalidad.

Es importante considerar la prejudicialidad administrativa en el delito de malversación, considerar que la acción del funcionario público no es la de causar un daño a la administración pública, sino en los casos en que se señala que se comete un delito de malversación, es por haber utilizado dinero de algunos rubros por otros que no se tenía estimados dentro del presupuesto vigente, no por extraer dinero o recursos de la administración y utilizarlos en situaciones personales o que no vayan enfocados al bien común, por lo que el Estado no sufre una detrimento, es necesario definir una derivación del delito de malversación, analizar la acción y se deba discutir antes de considerar que es un delito y que deba ser juzgado o ventilado en la vía penal.

Dentro de la función administrativa que se genera dentro de un Estado, los funcionarios públicos en muchas ocasiones tienden a realizar actos de corrupción o la comisión de hechos delictivos aprovechándose de las atribuciones que les confiere el cargo que desarrollan, por lo cual se han implementado una serie de normativas legales que buscan principalmente el castigo del delito o la falta que el funcionario cometa, todo esto desde



el punto de vista penal, dentro de las principales normativas se encuentra el Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, la Ley Contra la Corrupción, Decreto Número 31-2012, la cual contiene la gran mayoría de actos delictivos que puede cometer un funcionario en el desarrollo de sus funciones, desde el punto de vista internacional, también hay normas jurídicas que buscan combatir la corrupción que se ejerce dentro de la administración pública, siendo una de las más importantes la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, la cual fue ratificada por el Estado de Guatemala.

Tanto el Código Penal, en el Artículo 447, como la Ley Contra la Corrupción, Decreto Número 31-2012 en el Artículo 30 regulan el delito de malversación, de la misma manera, estableciendo los motivos, los sujetos y la pena que conllevan la comisión de este delito, pero es importante establecer que dichas normativas legales, en ningún momento manifiestan que si la malversación de fondos haya sido utilizada para el propio mejoramiento de la administración pública, obra o proyecto, el funcionario puede ser exonerado de la investigación criminal y persecución penal en su contra y únicamente enfocarse a la imposición de una sanción administrativa, ya que los fondos utilizados siempre quedan dentro de la administración pública.

La corrupción de los funcionarios supone una mezcla de motivos que tienen que ver con el uso o abuso del poder, que la propia ley les confiere, igualmente el incumplimiento por parte de los mismos de deberes de probidad y ética, deberes que la función pública impone. Esa mezcla, deriva de la complejidad del mundo administrativo, ya que en algunas ocasiones como lo es en el delito de malversación, se pueden aplicar sanciones



de carácter administrativo, no precisamente abocarse directamente al ámbito penal, siempre y cuando los recursos a cargo del funcionario público no hayan sido utilizados para uso personal y que sean justificables siempre dentro del ámbito de la administración pública. Cuando existe la comisión del delito de malversación, este es sancionado en la vía penal cuando los fondos fueron utilizados a título y beneficios personales del funcionario público y ahora bien si los fondos estatales fueron utilizados para el bien de la administración pública y su inversión se hizo dentro de la misma, es importante que al funcionario que cometió dicho delito se le sancione desde la vía administrativa, determinando una prejudicialidad administrativa en el delito de malversación.

Finalmente se debe de establecer que muchos funcionarios públicos se apegan a las normas legales para no mancar su nombre dentro de la administración pública por lo cual no ejecutan el presupuesto asignado a ciertas rubros regresando este al fondo común, de igual manera existen funcionarios que buscan el desarrollo de su comunidad, de su localidad, de su municipio y en muchas ocasiones han ejecutado el presupuesto en otras obras y no para lo que fue asignado, lo cual ha llevado a que sean sometidos a un proceso penal, algo que es contradictorio, puesto que el recurso se utilizó para el desarrollo social y no para beneficios personales, por lo cual como se indicó a la largo del presente estudio es importante la aplicación de una sanción administrativa en el delito de malversación de fondos.

## CONCLUSIÓN DISCURSIVA



Para que se pueda llevar a cabo todas las funciones dentro de la administración pública, es importante que exista personal capacitado para realizar todas las acciones dentro de las instituciones descentralizadas, centralizadas, autónomas y semiautónomas, los cuales se les denomina funcionarios y empleados públicos y esto se rigen por lo contenido en la Ley de Servicio Civil, Decreto Número 1748 del Congreso de la República de Guatemala. Entre los diversos delitos que se regulan en Guatemala en contra de la corrupción se encuentra el delito de malversación, el cual actualmente se encuentra regulado tanto en el Código Penal, Decreto Número 17.73 del Congreso de la República de Guatemala, como en la Ley Contra la Corrupción Decreto Número 31-2012 del Congreso de la República de Guatemala, regulando que la malversación es darle a los caudales, efectos o bienes que administren, una aplicación o uso diferente de aquella a que estuvieren destinados.

El Congreso de la República de Guatemala, en base a las funciones y atribuciones que le da la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, Decreto Número 63-94 del Congreso de la República de Guatemala, debe de realizar una reforma al Artículo 30 de la Ley Contra la Corrupción, Decreto Número 31-2012 del Congreso de la República de Guatemala, específicamente sobre la malversación y establecer una sanción administrativa al funcionario público que le de otro uso a las partidas presupuestarias, siempre y cuando sea para beneficio de la administración pública.



## BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ ZAMORA y Castillo, Luis y Guillermo Cabanellas De Torres. **Tratado de política laboral y social**. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1972.

ÁLVAREZ GENDIN, Sabino. **Tratado general del derecho administrativo**. Barcelona: Editorial Bosch, 1963.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal. Parte General**. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi, 1999.

BLANCO, Orlando. **Propuesta de Reforma a la Ley Orgánica del Presupuesto General de Ingresos y Egresos de la Nación**. Guatemala: Editorial Rukemik Na'ojil. 2007.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1977.

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo, parte general**. Guatemala Editorial Orión, 2007

CASTILLO GONZALES, Jorge Mario. **Derecho administrativo guatemalteco**. Guatemala: Editorial Ediciones gráficas, 2008.

CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar. **Introducción al estudio del derecho penal**. Editorial Bosch, Barcelona, España. 1981.

CONCHA, Guillermo. **El desafío hacia el gobierno abierto en la hora de la igualdad**. Santiago, Chile: Editorial CEPAL, 2012.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal, Parte General**. Barcelona: Editorial Bosch, 1968.



DE LEÓN VELÁSICO, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Editorial. Llerena, 1999.

ESTUPIÑAN, Alfredo. **Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción**. Berlín, Alemania: Editorial Internacional, 2009.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **Poder Judicial y Ministerio Público**. Editorial Porrúa. México. 1996.

GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Temas de derecho administrativo. La relación funcional**. Guatemala: USAC, 1994.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Editorial Harla, México. 1997.

JIMÉNEZ, Luis. **La ley y el delito, principios del derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hermes, 1999.

LUJAN, Juan. **Del derecho colonial al derecho nacional**. Guatemala: Editorial Universitaria, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. **Derecho Penal**. Valencia: Editorial Tirantlo Blanch, 1996.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 2000.



PEREIRA OROZCO, Alberto. **Derecho constitucional**. Guatemala: Editorial Ediciones Pereira, 2001.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio. **Curso de derecho penal**. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

QUIROZ, Antonio. **Historia de la corrupción**. Lima, Perú. Editorial instituto de estudios peruanos e instituto de defensa legal. 2013

REYES PONCE, Agustín. **Administración de empresas, parte I**. México: Editorial Limusa, 1980.

SAMAYOA PALACIOS, José Luis. **Manual de Derecho Administrativo**. Barcelona. 2002.

SANZ MORAN, Ángel. **El Concurso de Delitos en la Reforma Penal**. Editorial Comares, Madrid, España: 1995.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Tea, 1986.

SUÁREZ, Gerardo. **Los fiscales indianos: origen y evolución del Ministerio Público**. Editorial Academia nacional de historia. Caracas, Venezuela. 1995.

## **Legislación**

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

**Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea  
Constituyente, 1986.**



**Código Penal. Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala**

**Código Procesal Penal. Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.**

**Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto Número 114-97 del Congreso de la República de Guatemala.**

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

**Ley Contra la Corrupción. Decreto Número 31-2012 del Congreso de la República de Guatemala.**