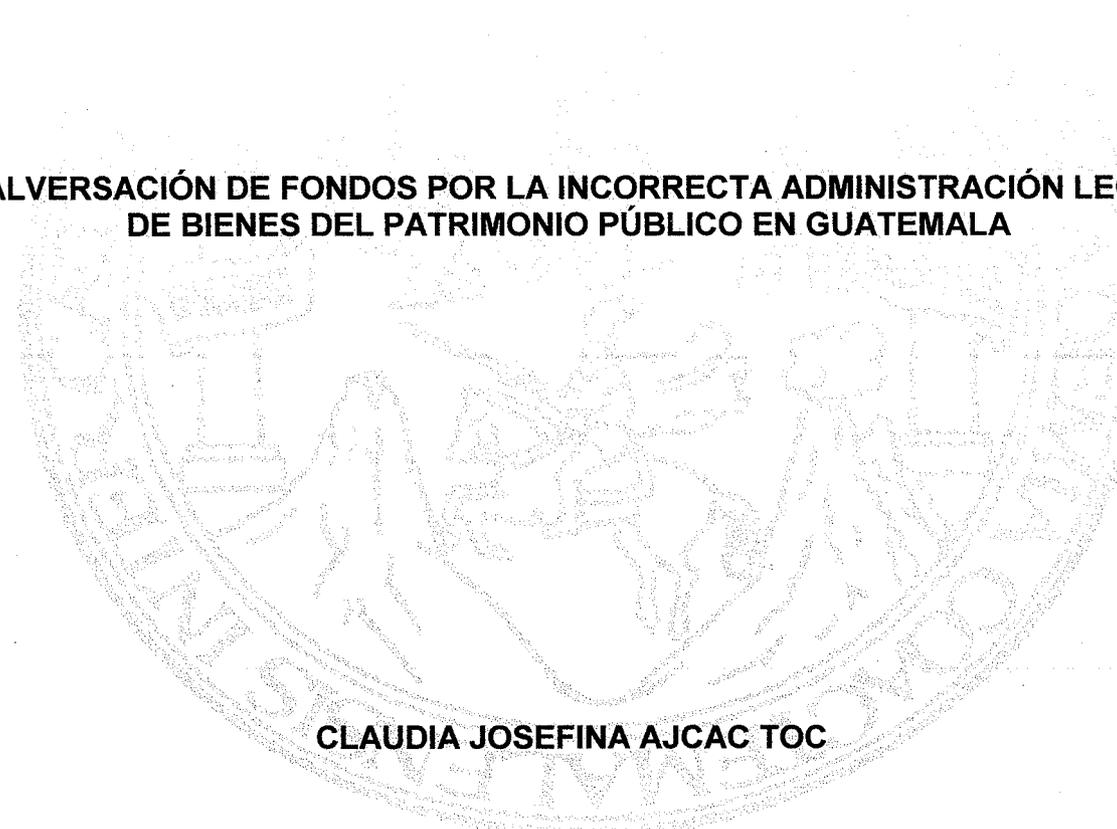


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**MALVERSACIÓN DE FONDOS POR LA INCORRECTA ADMINISTRACIÓN LEGAL
DE BIENES DEL PATRIMONIO PÚBLICO EN GUATEMALA**



CLAUDIA JOSEFINA AJCAC TOC

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2023

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

**MALVERSACIÓN DE FONDOS POR LA INCORRECTA ADMINISTRACIÓN LEGAL
DE BIENES DEL PATRIMONIO PÚBLICO 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

CLAUDIA JOSEFINA AJCAC TOC

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre de 2023

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

DECANO: M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV: Br. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Ignacio Blanco Ardón
Vocal: Licda. Orfa Mabely Santos Escobar
Secretario: Lic. Luis Alberto Patzán Marroquín

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ronald David Ortiz Orantes
Vocal: Lic. Héctor Rolando Guevara González
Secretario: Lic. Heber Dodanin Aguilera Toledo

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).



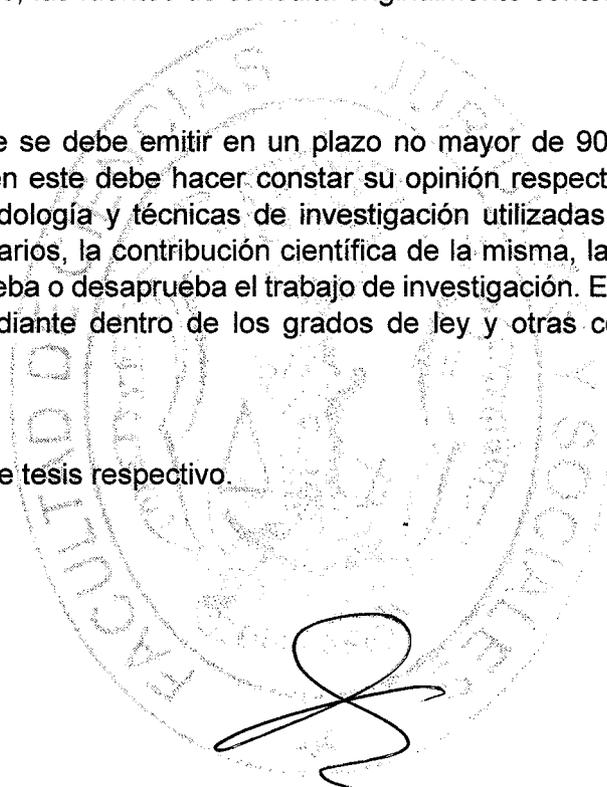
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 29 de noviembre de 2021.

Atentamente pase al (a) Profesional, IRIS RAQUEL MEJIA CARRANZA, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante CLAUDIA JOSEFINA AJCAC TOC, con carné 201318983 intitulado: MALVERSACIÓN DE FONDOS POR LA INCORRECTA ADMINISTRACIÓN LEGAL DE BIENES DEL PATRIMONIO PÚBLICO 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 tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo 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



SAQO

Licda. Iris Raquel Mejia Carranza
ABOGADA Y NOTARIA

Fecha de recepción 08 / 02 / 2022

Asesor(a)
(Firma y sello)

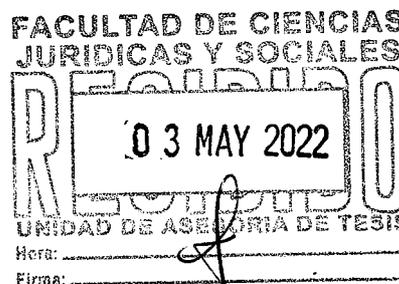


LICDA. IRIS RAQUEL MEJIA CARRANZA
ABOGADA Y NOTARIA



Guatemala 03 de mayo del año 2022

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 Recinos:

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de darle a conocer que en cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona de fecha veintinueve de noviembre del año dos mil veintiuno, en mi calidad de asesora del trabajo de tesis de la estudiante **CLAUDIA JOSEFINA AJCAC TOC**, que se intitula: **“MALVERSACIÓN DE FONDOS POR LA INCORRECTA ADMINISTRACIÓN LEGAL DE BIENES DEL PATRIMONIO PÚBLICO EN GUATEMALA”**; procedí a emitir opinión y las modificaciones necesarias, las cuales fueron atendidas por la alumna, por lo que procedo a dictaminar en el siguiente sentido:

- 1) Por el contenido, análisis, objeto de desarrollo, aportaciones y teorías sustentadas por la alumna, califico de importante y valedera la asesoría prestada, circunstancias de aplicación y académicas que tienen que concurrir y son atinentes a un trabajo de investigación de tesis.
- 2) En cuanto a la redacción empleada, se observó que durante el desarrollo de la misma se utilizó una ortografía y gramática acorde. En relación con la contribución científica se puede indicar que el trabajo desarrollado tiene el contenido científico requerido, debido a que de su estudio se aprecia claramente la malversación de fondos por la incorrecta administración legal de bienes del patrimonio público en el país.
- 3) La metodología utilizada fue la adecuada, habiéndose empleado los métodos analítico, sintético, deductivo e inductivo, así como la técnica documental y de fichas bibliográficas, las cuales fueron relevantes para la recolección de la información tanto doctrinaria como jurídica relacionada con el tema que se investigó.
- 4) Se le sugirieron al alumno varias correcciones durante la asesoría del trabajo de tesis a su introducción, capítulos, conclusión discursiva y citas bibliográficas. Además, es de importancia indicar que la sustentante analizó ampliamente lo relacionado con la importancia de estudiar la malversación de fondos.

LICDA. IRIS RAQUEL MEJIA CARRANZA
ABOGADA Y NOTARIA



- 5) La bibliografía que se empleó constató que en el desarrollo y culminación del informe final de tesis, se utilizó doctrina ajustada perfectamente al contenido de los capítulos.
- 6) He instruido y guiado a la estudiante durante las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas de investigación apropiadas, siendo de utilidad para la comprobación de la hipótesis planteada y para alcanzar los objetivos señalados de conformidad con la proyección científica de la investigación. Se hace la aclaración que entre la asesora y la sustentante no existe parentesco alguno dentro de los grados de ley.

Doy a conocer que el trabajo de tesis de la sustentante cumple de manera eficaz con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que **DICTAMINO FAVORABLEMENTE** para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.

Licda. Iris Raquel Mejia Carranza
ABOGADA Y NOTARIA

Licda. Iris Raquel Mejia Carranza
Abogada y Notaria
Asesora de Tesis
Colegiada 17,071



Guatemala 01 de junio del año 2022

Dr. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Dr. Herrera Recinos:

Hago de su conocimiento que revisé virtualmente la tesis de la alumna **CLAUDIA JOSEFINA AJCAC TOC**, con carné 201318983, que se denomina: **“MALVERSACIÓN DE FONDOS POR LA INCORRECTA ADMINISTRACIÓN LEGAL DE BIENES DEL PATRIMONIO PÚBLICO EN GUATEMALA”**.

El trabajo de tesis efectivamente cumple con lo requerido en el instructivo respectivo de la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y en ese sentido le doy a conocer que las correcciones indicadas fueron efectivamente atendidas, motivo por el cual es procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**.

Muy atentamente.

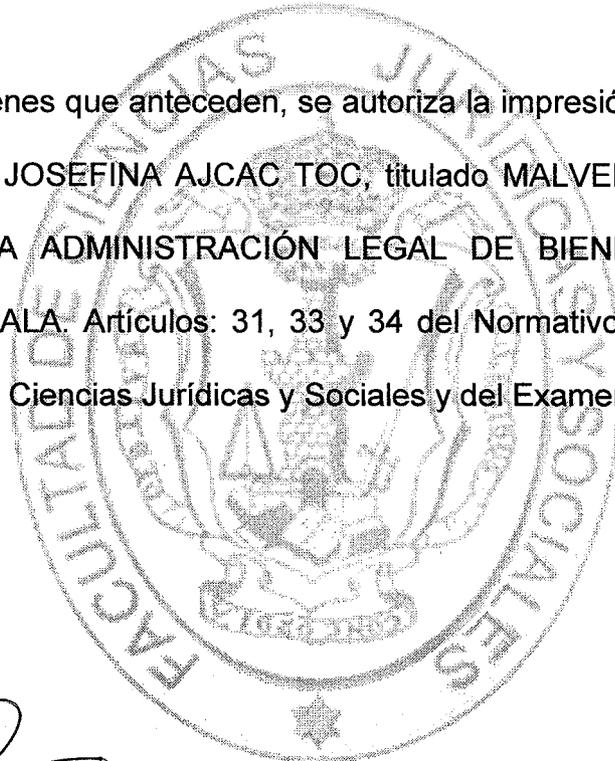
“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Lic. Marco Tulio Escobar Herrera
Docente Consejero de Estilo

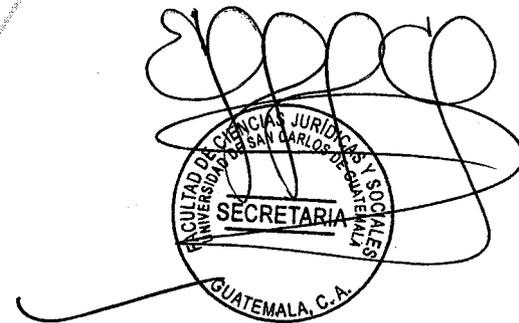
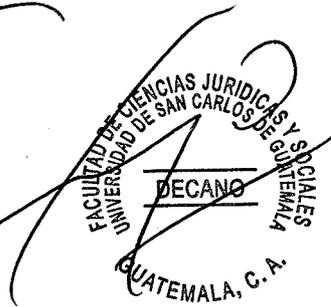


Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, diecisiete de abril de dos mil veintitrés.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante CLAUDIA JOSEFINA AJCAC TOC, titulado MALVERSACIÓN DE FONDOS POR LA INCORRECTA ADMINISTRACIÓN LEGAL DE BIENES DEL PATRIMONIO PÚBLICO 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.



CEHR/SAQO





DEDICATORIA

A DIOS:

Por la bendición de la vida y permitirme llegar a esta meta que veía inalcanzable pero, con el paso de los años fue siendo posible, por bendecirme y protegerme en cada momento, concederme este deseo y sueño, de otorgarme la dicha de ver esas sonrisas de alegría, satisfacción y orgullo de mis padres, y acompañarme en todo el trayecto de mi vida.

A MIS PADRES:

Que desde pequeña me impulsaron a luchar por mis metas y objetivos a través de su ejemplo, que ningún sueño es inalcanzable si se trabaja con honestidad, esfuerzo y dedicación, por brindarme su apoyo incondicional en todos los proyectos de mi vida pequeños o grandes, por esforzarse cada día para brindarme todo lo necesario, sus oraciones que han sido luz en mi camino, su cariño, amor, comprensión, confianza y protección han sido mi sustento durante mi vida, que a pesar de la distancia han estado conmigo en las mejores y en las peores, por aconsejarme y no dejarme desvanecer en ningún momento, ustedes son los pilares fundamentales en mi formación, son la razón de mi lucha y perseverancia.

A MI HERMANA:

Gracias por ser siempre mi cómplice en todas las etapas de mi vida, por ser verdaderamente una segunda madre, tus cuidados, protección, amor sin límites, apoyo incondicional me han encaminado a lograr cada uno de mis sueños, has sido siempre mi impulso, inspiración, mi mayor porrista, fan, mejor amiga y confidente, sencillamente eres la mejor hermana, tú me trajiste el primer día a clases a esta Gloriosa Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala y hoy me acompañas a cerrar con broche de oro esta aventura estudiantil, gracias



por ser siempre mi banderazo de salida y esperarme en todas las metas con aplausos y abrazos, eres un verdadero ejemplo.

A MIS HERMANOS:

Su compañía y apoyo en todos mis proyectos de vida, han sido fundamentales para lograr cada uno de mis sueños, gracias por brindar conmigo, por cada logro y ayudarme a superar cada obstáculo que se me fue presentado, sin ustedes mi vida no sería igual.

A MI FAMILIA:

Son una bendición en mi vida, su apoyo moral y espiritual me ha sustentado en mi proyecto de vida, su cariño, amor y confianza, me han impulsado a luchar día a día para lograr esta meta, con ustedes he aprendido que en familia unida y en oración, los grandes obstáculos y barreras se convierten en aprendizaje e impulso para seguir trabajando en los objetivos y metas.

A MI MADRINA:

Eres una estrella en mi vida, gracias por tu cariño, aprecio, amor, cuidados y animarme en mis capacidades y recordarme que ningún sueño es inalcanzable, me enseñas a ser una mejor persona y luchar incansablemente por todos mis sueños. Te admiro y respeto, eres una gran amiga.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS:

Personas maravillosas que durante el transcurso de mi vida, he ido encontrando por haber compartido las aulas, el trabajo, o simplemente por cruzarnos de una u otra forma, su cariño y amistad han sido un aliciente para lograr este objetivo, gracias por animarme en todo el trayecto de la carrera, que no ha sido fácil, pero con su presencia ha sido divertida y emocionante.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



PRESENTACIÓN

La investigación realizada fue de tipo cualitativo puesto que se orientó a establecer la importancia de que se evite que los funcionarios públicos malversen los recursos públicos, para lo cual se debe incrementar el monto de la pena y pasarla de una de multa a una de prisión, así como con el respectivo agravante si como consecuencia de la malversación resultare daño o entorpecimiento del servicio a que los caudales o efectos estuvieren consignados.

El contexto diacrónico se refirió al período que va desde el año 2016 al 2022 inclusive, siendo llevada a cabo de manera sincrónica la investigación durante el año 2023, teniendo como objeto de estudio los bienes del patrimonio nacional; mientras que los sujetos de estudio fueron los funcionarios públicos que malversan los recursos públicos en Guatemala.

El aporte académico del trabajo de investigación fue recomendarle a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales debe aumentar la pena establecida en el Artículo 447 del Código Penal a una privativa de libertad de seis meses a un año y con el agravante de que se aumentará de uno a cinco años si a consecuencia de la malversación resultare daño o entorpecimiento del servicio a que los caudales o efectos que estos tuvieren consignados.



HIPÓTESIS

La manera en que el Estado guatemalteco logra enfrentar que los funcionarios públicos malversen los recursos públicos es que se incremente la pena que se tiene contemplada en el Código Penal en contra del funcionario que se encuentre que le ha dado a los caudales gubernamentales un uso diferente al que estuviera designado, con la finalidad de disuadir estas prácticas si no las ha realizado y de que responda penalmente si las ha llevado a cabo.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Luego de haber recopilado la información bibliográfica y documental que se requirió para alcanzar los objetivos y someter a prueba la hipótesis, a través de utilizar los métodos deductivo, analítico y sintético se comprobó debidamente la hipótesis, puesto que se demostró que la manera en que el Estado de Guatemala, logre combatir las prácticas de malversación de los fondos públicos es que el Congreso de la República través de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales aumente la pena establecida en el Artículo 447 del Código Penal a una privativa de libertad de seis meses a un año y con el agravante de que se aumentará de uno a cinco años si a consecuencia de la malversación resultare daño o entorpecimiento del servicio a que los caudales o efectos tos estuvieren consignados.



ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho administrativo.....	1
1.1. Conceptualización.....	1
1.2. Antecedentes históricos.....	2
1.3. Importancia.....	5
1.4. Fuentes del derecho administrativo.....	6
1.5. Derecho, Estado y justicia.....	14
1.6. El Estado y sus elementos.....	16

CAPÍTULO II

2. Principios del derecho administrativo.....	19
2.1. Principio de legalidad.....	21
2.2. Principio de la imputación de oficio.....	22
2.3. Principio de informalismo.....	23
2.4. Principio del debido proceso.....	24
2.5. Principio de mediación.....	29
2.6. Principio de rapidez, simplicidad y economía.....	30
2.7. Principio de buena fe.....	32

CAPÍTULO II

3. Malversación de fondos públicos.....	35
3.1. Bien jurídico protegido.....	36



3.2.	Sujetos.....	37
3.3.	La tipicidad objetiva.....	39
3.4.	Objeto material del delito.....	39
3.5.	Afectación del tipo penal.....	44
3.6.	Tipicidad subjetiva.....	44
3.7.	Tentativa y consumación.....	45
3.8.	Autoría y participación.....	46
3.9.	Concurso de delitos.....	47

CAPÍTULO IV

4.	La malversación de fondos por la incorrecta administración legal de bienes del patrimonio público.....	49
4.1.	El derecho administrativo y el resguardo del patrimonio público.....	50
4.2.	Caracteres de la administración.....	50
4.3.	La probidad administrativa y el patrimonio público.....	55
4.4.	Probidad, corrupción y protección del patrimonio público.....	56
4.5.	Instrumentos administrativos.....	58
4.6.	Malversación de fondos por la incorrecta administración legal de bienes del patrimonio público en la sociedad guatemalteca.....	63

CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	69
BIBLIOGRAFÍA.....	71



INTRODUCCIÓN

El problema que motivó la investigación señaló la malversación de fondos por la incorrecta administración legal de bienes del patrimonio público en Guatemala. Los fondos o caudales públicos son los recursos que el Estado guatemalteco logra obtener a partir de los impuestos y otras fuentes de ingreso, los cuales le sirven para prestar los servicios que la Constitución Política de la República de Guatemala y las leyes ordinarias le asignan como parte de sus funciones y atribuciones, lo cual no siempre es posible porque los recursos financieros del Estado siempre son limitados para la cantidad de necesidades sociales que debe cubrir, a pesar de ello se encuentra que algunos funcionarios públicos por negligencia o con fines electorales le dan un uso distinto a los caudales de los que se encuentran debidamente presupuestados, malversando esos recursos en detrimento de la población guatemalteca necesitada.

Se planteó como objetivo principal determinar la manera en que el Estado guatemalteco podía enfrentar estas prácticas de los funcionarios de malversar los recursos públicos en función de determinar la responsabilidad penal que debe exigírseles de acuerdo al Código Penal guatemalteco; asimismo, se estableció las características del derecho administrativo y de los bienes públicos; así como las condiciones que deben existir para que se pueda perseguir penalmente el delito de malversación de los fondos públicos.

El contenido capitular consta de cuatro capítulos, siendo el primero orientado a exponer en el primero el derecho administrativo, conceptualización, antecedentes históricos, importancia, fuentes, derecho, Estado, justicia y el Estado; el segundo, permitió exponer los principios del derecho administrativo: principio de legalidad, principio de la imputación de oficio, principio de informalismo, principio del debido proceso, principio de mediación, principio de rapidez y principio de buena fe; el tercero, sirvió para describir las características de la malversación de fondos públicos, bien jurídico tutelado, sujetos, tipicidad objetiva, objeto material del delito, afectación del tipo penal, tipicidad subjetiva, tentativa, consumación, autoría, participación y concurso de delitos; mientras que el cuarto, se centró en la malversación de fondos de bienes del patrimonio público.



Las técnicas utilizadas para recopilar la información jurídica requerida para alcanzar los objetivos y someter a prueba la hipótesis fueron la bibliográfica y la documental; mientras que los métodos que permitieron ordenar la información y reflexionar académicamente acerca del objeto de estudio y su relación con los sujetos, así como contrastar la hipótesis con la realidad jurídica encontrada, fueron el deductivo, el analítico y el sintético.

La recomendación que sirve como párrafo de cierre se orienta a plantearle a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales debe aumentar la pena establecida en el Artículo 447 del Código Penal a una privativa de libertad de seis meses a un año y con el agravante de que se aumentará de uno a cinco años si a consecuencia de la malversación resultare daño o entorpecimiento del servicio a que los caudales o efectos tos estuvieren consignados.



CAPÍTULO I

1. Derecho administrativo

El derecho administrativo es la rama del derecho público interno integrado por el conjunto de estructuras y principios doctrinales, así como también por las normas que regulan las actividades directas o indirectas de la administración pública como órgano del poder ejecutivo. También, tiene a su cargo la organización, funcionamiento y control público, así como de sus relaciones con los particulares, servicios públicos y demás actividades estatales.

1.1. Conceptualización

Derecho administrativo es el conjunto de reglas relativas a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos y a las relaciones de los mismos con los particulares, o sea, es la rama del derecho público que regula la actividad del Estado que se lleva a cabo como una función administrativa.

La disciplina jurídica en estudio regula la función administrativa y es la rama del derecho público interno que determina la organización y funcionamiento de la administración pública, tanto centralizada como estatal. Además, tiene que anotarse que existe especial hincapié en su conceptualización cuando se hace mención del término administración o

función administrativa, debido a su limitación a reglar las actuaciones del Estado en su esfera administrativa, la cual en principio se encuentra a cargo del poder ejecutivo.

1.2. Antecedentes históricos

“Los primeros antecedentes de derecho administrativo se identifican desde los orígenes de las primeras civilizaciones. Todo país civilizado posee un derecho administrativo, debido a que necesariamente posee un conjunto de normas que rigen la acción de la administración”.¹

Desde el Imperio Romano los Estados monárquicos absolutistas de la Edad Media y del período de colonización de América dieron a conocer las primeras instituciones y normas del poder político público.

El derecho en estudio en cuanto conjunto de normas que regulan las relaciones del Estado con los particulares, puede indicarse que ha existido siempre, desde el nacimiento del Estado. Pero, lo indicado no ha sido suficiente para la creación de una disciplina. Esta época es la de las monarquías absolutas, dando con ello origen a principios jurídicos idénticos. El carácter no obligatorio de las leyes de gobierno y de la no positivización estricta de principios de gobierno en normas separadas y diferentes de las leyes que regían a los particulares, es lo que puede explicarse en la etapa histórica del nacimiento del

¹ Martín Podetti, Diego Alejandro. **Fundamentos de derecho administrativo**. Pág. 63.



derecho administrativo, y por ende la doctrina nombra este período histórico como antecedente y no una parte propia.

Debido a la Revolución Francesa de 1789 y del concepto jurídico de Estado de derecho que se impuso en el ordenamiento jurídico con influencia en todo el mundo, se dio inicio a la primera etapa del derecho en estudio.

“El Estado de derecho proclamado por la Revolución Francesa significaba que las reglas de gobierno y el respeto de los derechos de las personas eran de cumplimiento obligatorio tanto para los gobernados como para los gobernantes. En adición a lo indicado, el otro punto de importancia es que los autores tienen que indicar como elemento sustantivo la existencia de un derecho administrativo a partir de la Revolución, lo cual consistió en la separación de los regímenes jurídicos y de las normas que habían de aplicarse a las autoridades”.²

La formación de este régimen legal especial para reglar las relaciones entre la administración y los ciudadanos, fue el resultado de un hecho de la historia bien singular referente al contexto en que los revolucionarios llegaron al poder y tuvieron temor de que los jueces y el sistema judicial del antiguo régimen interfiriera en el nuevo gobierno. El temor de los revolucionarios se encontraba fundado en la realidad de que antes de la Revolución, los administradores de justicia del antiguo régimen habían obstaculizado

² Bidart Campos, Germán Alejandro. **Derecho administrativo**. Pág. 66.



algunas decisiones políticas del Rey. Ello, trajo consigo que los nuevos gobernantes revolucionarios tomaran la decisión de prohibirle a los jueces el conocimiento de determinados asuntos relacionados con la administración pública y por ende de los principios de la Revolución Francesa que proclamaba el Estado de derecho y la subordinación de los gobernantes a la ley, quienes fueron prácticamente desconocidos.

La prohibición a los jueces de fallar en relación a temas vinculados a la actuación de la administración fue consagrada de manera expresa bajo la pena de prevaricato, no pudiendo unir de forma alguna las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ello a los diversos funcionarios de la administración debido a la realización de sus funciones.

Es de anotarse que este principio fue elevado a rango constitucional, estableciendo la prohibición de los jueces de garantizar el conocimiento de casos que se encuentran relacionados con la administración pública.

Es de anotarse que los principios y el espíritu del Estado de derecho indican que el gobierno revolucionario ideó un mecanismo de administración con la finalidad de subsanar estas medidas, y consiste en las eventuales reclamaciones contra la administración que tienen que ser de amplio conocimiento por el jefe ejecutivo, mecanismos que debilitan de manera considerable la subordinación de los gobernantes a la ley. Los nuevos gobernantes revolucionarios complementaron un órgano especial denominado Consejo de Estado, similar al Consejo del Rey que existió en el período monárquico. La función del mismo era



asesorar al poder ejecutivo en varios temas como la redacción de leyes y reglamentos, resolver las controversias entre la administración y los particulares. La forma en que el Consejo daba solución a las controversias era estudiando las reclamaciones interpuesta por los particulares contra la administración y proponiendo una decisión en relación al poder ejecutivo.

“Esa debilidad con la que surgió el Estado de derecho se convertía en un sistema eficaz y real del derecho público administrativo. Ello, se debió a la creación de un Consejo de Estado con una comisión contenciosa que conocería únicamente sobre los casos de controversias entre la administración y los particulares, lo cual permitiría que los que trabajaban en dicha comisión se especializaran en el conocimiento de la materia”.³

También, sucedió que el poder ejecutivo tenía tantas funciones y responsabilidades que fue delegando al Consejo prácticamente todas las potestades que le correspondían con relación al mismo en lo contencioso, limitándose a firmar las soluciones que se proponían de forma que existía determinado criterio de imparcialidad.

1.3. Importancia

“El derecho administrativo tiene mucha importancia debido a que regula todas aquellas normas que derivan de la actividad del Estado en su función administrativa. Su importancia

³ Heredia García, Horacio Alberto. **Los medios administrativos**. Pág. 120.



radica a la vez en las concesiones que otorga el gobierno para que se puedan explorar determinadas riquezas de la naturaleza que son pertenecientes a la Nación. Otro aspecto fundamental deriva de las licitaciones públicas, siendo las mismas un procedimiento administrativo por el cual la administración indica quienes son los interesados fijando a la vez los lineamientos jurídicos”.⁴

En relación a las normas de organización, el derecho administrativo indica los órganos y las instituciones a través de las cuales tiene que llevar a cabo sus actuaciones la administración pública tomando en consideración los servicios centrales existentes, los órganos desconcentrados y descentralizados, así como los organismos autónomos dependientes de otras instituciones.

La mayoría de estos órganos tienen como característica común la competencia para llevar a cabo las actuaciones con prerrogativas y poderes superiores a los que tienen los particulares.

1.4. Fuentes del derecho administrativo

El legislador materialmente hablando, es quien plasma de manera objetiva las normas jurídicas, o sea, es quien redacta, lo cual es generalmente un elemento que integra el poder ejecutivo. La fuente de la norma muchas veces no es precisa, es decir, no se puede

⁴ Álvarez Gendín, Sabino. **Teoría y práctica del derecho administrativo**. Pág. 80.



catalogar como un proyecto, debiendo tomarse siempre en consideración la técnica política del gobernante para la satisfacción de necesidades.

El estudio de las fuentes del derecho forma parte de las materias de la ciencia jurídica, como la introducción al estudio del derecho o la teoría general del derecho, debido a que al estudiar las fuentes del derecho administrativo se tiene que partir del supuesto de que los aspectos generales de este tema son plenamente conocidos.

Por fuente se comprende el fenómeno o el objeto que genera o que produce algo, es aquello donde se origina una cosa. A la fuente del derecho se le tiene que identificar como aquello que produce o genera el derecho y que de conformidad con sus características puede ser formal, material e histórica. Las fuentes históricas son los documentos que informan en relación a la formación del derecho.

Las materiales, también son conocidas como reales, y consisten en las circunstancias sociales, políticas y económicas que en un determinado momento tienen influencia debido a que determinan el contenido de la normatividad, y las formales son los procesos de creación del derecho.

Las fuentes formales son constitutivas de las de mayor importancia, sin que ello quiera decir que no se toman en consideración el resto de fuentes, debido a que han tenido influencia de manera considerable en la formación y transformación del derecho administrativo.

- a) Constitución Política: la fuente formal y directa del derecho administrativo es la Constitución, siendo la misma la ley suprema del Estado, la cual es producto de la soberanía del pueblo. Manifiesta su voluntad en la República representativa y democrática, con un territorio determinado y con órganos específicos, a través de los cuales ejerce el poder de acuerdo a las funciones y atribuciones que a cada uno se le hayan asignado.

La soberanía del pueblo a través de la normativa constitucional se establece en el Estado, motivo por el cual únicamente el pueblo y no sus órganos pueden reformar la ley suprema.

Con base a la normativa puede indicarse que es la forma en que tiene que organizarse la administración pública, debiendo establecerse el contenido y los límites de su funcionamiento, y se tiene que facultar al poder legislativo y al judicial para poder juzgar respecto de las controversias.

“La administración como órgano se encuentra establecida constitucionalmente, y como función se encuentra prevista en diversas disposiciones, entre las que se destaca señalar que el poder ejecutivo es el encargado de prever la facultad reglamentaria, así como indicar las facultades de la administración del gobierno”.⁵

⁵ Fragola Jiménez, Juan Humberto. **Manual de derecho administrativo**. Pág. 55.

La Constitución Política es la ley suprema del país y por ende representa las bases del sistema jurídico guatemalteco, por ello, toda la legislación y la actuación de las autoridades tienen que encontrarse acordes a las directrices que ella establece, debido a que en caso contrario no contarían con la obligatoriedad necesaria.

Es necesario señalar que la Constitución Política representa la fuente de mayor fuerza de todo el sistema jurídico, y por ende, del derecho administrativo, ya que todas las normas administrativas, objeto de esta disciplina se derivan de ella, y las relaciones que regula se encuentran sometidas a su poder, debido a que en las relaciones de derecho público entre los administrados y el Estado el poder no es del Estado, sino la fuerza superior del pueblo soberano y por consecuencia, aunque el Estado tenga el poder público que constitucionalmente se le concede, es igualmente un sujeto de derecho y carece de poder en la acepción del término.

- b) La ley: otra de las fuentes del derecho administrativo se encuentra integrada por las leyes consideradas como ordenamientos jurídicos que regulan las conductas de las personas, de forma general, abstracta y obligatoria, de donde de la disciplina científica derivan reglas y principios de derecho.

En su conceptualización mayormente amplia la ley presenta diversas características por la diversidad de normas que pueden integrarla. De esa forma se tiene que la legislación suprema en el país se encuentra integrada por la normativa



constitucional, y de la misma emanan los tratados que estén de acuerdo con la misma.

Pero, en sentido estricto el concepto de ley tiene que ser determinado en sus aspectos tanto material como formal, es decir, para su precisión debe tomarse en consideración la naturaleza propia de su contenido y el órgano del cual haya emanado.

De esta forma, se encuentra que tiene que tratarse de una norma de carácter general, abstracto y obligatorio que deberá encontrarse expedida por el poder legislativo de acuerdo al procedimiento que para el efecto se indica constitucionalmente.

En materia de orden administrativo el poder legislativo tiene amplias facultades para la regulación de diferentes aspectos de la administración, así como facultades que dan lugar a diversos tipos de leyes, de conformidad con los aspectos que regulan, entre los cuales se encuentran las orgánicas cuya principal función es estructural; y también se encuentran las reglamentarias, que se emiten para regular los aspectos específicos de los derechos y obligaciones de una determinada materia constitucional establecida.

La ley es la fuente formal del derecho, como lo es también la actuación de la administración pública, debido a que de acuerdo con la jurisprudencia y los



principios constitucionales únicamente las autoridades pueden hacer lo que la legislación les permite.

El principio de autoridad formal de la ley se manifiesta en el sentido de que las normas legales son obligatorias y tienen que ser debidamente observadas, en tanto no hayan sido modificadas o derogadas por otra norma emitida con las mismas formalidades que constitucionalmente se indican para su creación.

El principio de legalidad se expresa en el sentido de que todos los actos de las autoridades administrativas deben tener su fundamento en las disposiciones legales debido a que las autoridades administrativas únicamente pueden hacer lo que la legislación les autorice.

- c) Reglamentos: son otra de las fuentes formales y directas del derecho administrativo, el cual se tiene que identificar como un conjunto de normas generales, abstractas y obligatorias.

De acuerdo con este principio, el reglamento se encuentra integrado por un conjunto de normas generales, abstractas y obligatorias que presentan las mismas características intrínsecas, debido a que en su contenido no se hace referencia alguna a los sujetos particulares, sino que tienen que plantearse los presupuestos generales que serán de aplicación obligatoria a las personas que se tengan que adaptar a lo establecido en la norma jurídica.

El Reglamento tiene que ser expedido por una autoridad que sea competente para ese efecto y únicamente esa autoridad puede llevarlo a cabo. En el sistema jurídico la facultad reglamentaria se encuentra reservada al Organismo Ejecutivo.

En efecto, si los mismos tienen como objetivo facilitar el cumplimiento de las normas jurídicas, el Organismo Ejecutivo provee las normas reglamentarias con el objetivo de que la aplicación de las leyes pueda ser llevado a cabo. El sentido gramatical de la palabra proveer es el de poner a disposición los medios acordes para un fin y en el caso respectivo para facilitar la ejecución de las leyes.

Lo indicado lleva a hacer la diferenciación de la autoridad de ambas normas: la supremacía de la ley frente a lo secundario del Reglamento, por lo que ante las dos normas jurídicas, una reglamentaria y la otra legal, se regula de manera diferente el mismo asunto, debiéndose aplicar la norma legal, debido a que la reglamentaria no puede derogarla, ni ir más allá de aquella.

De acuerdo al contenido de los Reglamentos, los mismos pueden ser de ejecución o de organización, de acuerdo a que expliquen y aclaren el contenido de una ley, o bien de que establezcan la organización de un determinado órgano o dependencia.

Pero, en ambos casos el Reglamento tiene como objetivo facilitar el cumplimiento de la ley en el caso de los reglamentos orgánicos de las dependencias de la administración pública.

- d) La jurisprudencia: a pesar de que existe un acuerdo unánime en el sentido de tomar en consideración que la jurisprudencia es una fuente del derecho, los tratadistas difieren en relación a la importancia y trascendencia que se tiene, debido a que algunos toman en consideración una fuente formal directa y de importancia del derecho.

Ello, debido a que a través de ella se crean nuevas normas que son de aplicación obligatoria, es decir, tienen que considerarse como una forma de creación del derecho, mientras que otros las toman en consideración como una manera de creación de que se trata de la interpretación de las normas ya existentes que llevan a cabo la definición del contenido y alcance, pero que debido a su naturaleza no crean una nueva norma. En materia de lo contencioso administrativo que se conoce por parte del tribunal, la jurisprudencia es creada únicamente por la Sala a través de una resolución respecto de contradicciones entre la sentencias o cuando se resuelva el recurso de queja interpuesto en contra de una sentencia violatoria de la jurisprudencia establecida.

La jurisprudencia es una fuente importante del derecho, debido a que mediante la misma el poder judicial juzga la constitucionalidad de las leyes, lo cual puede traer como consecuencia que al pronunciarse respecto de una ley, el poder judicial la modifique deje sin efecto alguno al declarar su inconstitucionalidad, debido a que la observancia de la jurisprudencia es de carácter obligatorio para los juzgadores.

1.5. Derecho, Estado y justicia

“En Grecia no existió propiamente una instrumentación comprensiva de la organización legal que vinculara a los ciudadanos con el territorio, a pesar de la idea subyacente en la conceptualización de *polis*. Por su parte, los romanos denominaron con el nombre de *civitas* al Estado-Ciudad empleando por último la noción de *res pública* para hacer alusión a la existencia de la misma comunidad política”.⁶

La institucionalización del Estado es constitutiva de la culminación de un proceso que se comenzó en las ciudades italianas durante el siglo XV. Allí apareció la expresión para designar en general a toda organización jurídico-política y su forma de gobierno. La consolidación del territorio de los Estados se operó a partir del siglo XVII, al lado de la aparición de numerosos sistemas políticos y filosóficos, dando lugar a las más variadas concepciones relacionadas con el Estado. El concepto de Estado como la perfecta organización jurídico política de la comunidad que procura el bien común y su consideración como un objeto real constituye la concepción con mayor arraigo en el ámbito de las doctrinas que se inspiran en la filosofía.

El derecho administrativo es la rama del derecho público que se encarga del estudio primordialmente de la organización y actuación del Estado en sus relaciones jurídicas con los particulares y el control judicial de aquella.

⁶ Sandulli Spota, Carlos Alberto. **Tratado de derecho administrativo**. Pág. 96.



El Estado es una sociedad que se encuentra políticamente organizada, y no puede en ningún momento existir sociedad sin organización política. La realidad del Estado, de la sociedad civil no es la sociedad ni el orden político por sí solos, sino su compuesto inescindible de forma que entre el Estado y la sociedad no existe ninguna separación verdadera.

La característica esencial que hace la distinción del Estado de otras comunidades de conformidad con la concepción de Aristóteles es su suficiencia en el sentido de que el Estado se encuentra integrado de forma que no precisa ni depende de otra comunidad para la realización de sus finalidades.

Además, la comunidad constituye el género próximo de Estado mientras que el calificativo soberanía permite hacer la diferenciación de otras asociaciones, significando la alianza o unión estable, consciente y voluntaria de personas para el alcance del fin común. Lo específico del Estado se encuentra en la cualidad de perfección que tiene la comunidad ser autosuficiente. El Estado es la institución necesaria y esencial que deriva de la naturaleza del ser humano. Su finalidad radica en el establecimiento del buen orden de la vida, sin relegar el fin del ser humano ni mucho menos sus condiciones morales, tomándose en consideración que la persona humana no puede alcanzar la perfección sino se supedita a los medios y fines de la comunidad estatal.

El principio que unifica y otorga coherencia a la organización estatal radica en la autoridad que tiene que mantenerse por intermedio del poder, el cual lleva a cabo sus actuaciones



con el objetivo de garantizar el orden social esencialmente a través de la legislación, que siempre tiene que ser de acuerdo a las costumbres del país.

1.6. El Estado y sus elementos

Las causas del Estado constituyen los principios que explican el ser y condicionan su existencia, dividiéndose en: intrínsecas o inmanentes, causas materiales, causas formales, causas trascendentes, causas eficientes, causas remotas y causas finales.

El principio generador del ser consiste en la motivación más eficiente que puede ser remota o próxima. La causa eficiente o mediata del Estado es esencial e indica que el mismo es una entidad natural producto de la industria humana que obedece a la sociabilidad de la naturaleza y que se lleva a cabo como una obra de la libertad del ser humano, tomando en consideración la razón y la virtud.

“La causa material del Estado se constituye por el territorio. La sociedad no es más que la suma de individuos no determinados, sino la unidad que los une en la idea de un ser común, tratándose en otros términos de una multitud del ser humano concretada en una Nación y ordenada debido a la virtud de un fin determinado. Ese conjunto de personas requiere de un territorio que determine al lado del pueblo, la motivación material de la existencia del Estado”.⁷

⁷ Bidart. **Op. Cit.** Pág. 123.



Esos elementos se encuentran integrados en una unión u orden que consiste en la motivación formal del Estado, o principio que informa esos elementos y los cambia en el ser estatal. De ese orden de ideas surgen como propios la autoridad y el ordenamiento jurídico positivo.

La función del orden como causa formal del Estado produce la integración de los elementos de orden material que contiene, haciendo necesaria la presencia del poder del Estado que encauce y oriente y, en algunos casos, encamine la acción de la comunidad y que dicte las normas imperativas. Dicho orden, es la causa formal del Estado y precisa de la existencia de una organización jurídica y política cuyos caracteres se regulan en el ordenamiento jurídico fundamental que en la actualidad se le denomina Constitución Política.

En lo referente a la causa final o fin del Estado se refiere al bien común, motivo por el cual el bien se torna común cuando los individuos se agrupan y actúan en un mecanismo de sociabilidad natural, constituyendo las distintas comunidades, de las cuales el Estado constituye la comunidad perfecta. El bien común abarca todo un conjunto de condiciones sociales que permitan a la ciudadanía el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección.



CAPÍTULO II

2. Principios del derecho administrativo

Los principios del derecho como lo reconoce ampliamente la doctrina son enunciados normativos que sirven de base de todo el ordenamiento jurídico, actuando como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas y en caso de insuficiencia normativa se emplean como fuente integral del derecho.

Es de esa manera que los principios constituyen el origen, fuente, causa, inicio, base y fundamento en la medida en que contribuyen y fijan los criterios básicos o pilares estructurales argumentativos, que tienden a asegurar los derechos esenciales, especialmente en materia administrativa.

Los mismos permiten a su vez, construirse en el instrumento necesario para la correcta aplicación de las normas y son de utilidad especialmente o inclusive en relación con otras ramas del mismo rango o inclusive superior, debiendo el operador de justicia inspirarse en los principios para una correcta interpretación.

La doctrina a la vez revela que cumplen con una función de integración, toda vez que asumen claramente el papel de fuente formal del derecho, ante el vacío jurídico o insuficiencia normativa que pueda llegar a presentarse. También, tiene que destacarse la interrelación de los principios y la obligación de su aplicación en el derecho administrativo,

lo cual se presenta en resguardo de los derechos y garantías que asisten al administrado o a quien tenga relación con la administración pública.

Ello, es el motivo por el cual la trascendencia de los principios, impulsa a la elaboración y sociabilización del empleo de los principios que rigen el derecho administrativo.

“Una de las características esenciales de los principios administrativos es que son objetivos, en el sentido de que son tendientes a la protección del recurrente o a la determinación de sus derechos y a la defensa de la norma jurídica objetiva, con la finalidad de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo, motivo por el cual debe existir un cierto interés público en su sustanciación”.⁸

En virtud de dicho principio se tiene que explicar que el procedimiento debe contar con carácter de instrucción, y que la autoridad puede proceder de oficio, por oposición a la verdad formal, existiendo amplitud para tomar en consideración los bienes que hayan sido objetivamente impuestos y todos aquellos recursos como reclamaciones, facilitando de esa manera el control de los superiores sobre la buena marcha y legalidad de la administración.

De allí tiene que indicarse que el desistimiento del recurrente no sea eximente de la administración de la obligación de determinar si existe o no la ilegitimidad aducida y

⁸ Navas Luque, Alexander Fernando. **Principios del derecho administrativo**. Pág. 110.

resolver para el efecto el recurso, inclusive después del fallecimiento que pueda suceder del recurrente.

2.1. Principio de legalidad

Este principio es fundamental para el derecho administrativo en virtud que en un Estado de derecho, la administración pública se encuentra obligada al sometimiento de sus actos a la ley, sin poder ejercitar una actuación que no se encuentre atribuida a una norma, siendo la administración pública la que regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, por lo que sus actuaciones se presumen legítimas, a excepción de declaración judicial en contrario.

Esa vinculación a la ley por parte de la administración se ha conceptualizado por parte de la doctrina jurídica como una vinculación positiva, frente a la vinculación negativa que le correspondería a los ciudadanos y, en general, a los sujetos privados, en virtud de la cual los mismos pueden hacer todo aquello que la ley no les prohíbe, en tanto que la administración necesita de una habilitación legal para la adopción de una actuación determinada, es decir, puede hacer solamente aquello que la ley le permite.

De esa manera, el principio de legalidad quiere decir que los comportamientos y actos de la administración tienen que encontrarse justificados en una ley previa que, preferiblemente sea de carácter general. Se trata, desde luego, del sometimiento a la normativa constitucional, pero a la vez al resto del ordenamiento jurídico y de las normas

reglamentarias que sean emanadas de la misma administración, lo cual se conoce como forma de legalidad. Del principio en mención surge la necesidad de conferir una amplia oportunidad de defensa al administrado. Ello, consiste en un requisito constitucional exigido en los sistemas liberales en atención a la persona humana, es decir, al individuo, pero inclusive no tomando en consideración dicha consideración en cualquier régimen estatal y liberal, así como autoritario haciendo técnicamente necesario conferir la mayor oportunidad de defensa para el aseguramiento de la efectiva y correcta aplicación de aquello que en el régimen sea la legalidad objetiva.

La fiscalización tiene por finalidad la promoción y el logro de la regularidad en la administración. Esa regularidad puede ser la que suponga únicamente una mayor precisión en la ejecución de la noción de Estado de derecho. Con ello, dicha irregularidad representa cierto progreso con respecto a la arbitrariedad difusa y generalizada, constituyendo a la vez un requisito para el logro futuro del régimen de derecho.

2.2. Principio de la imputación de oficio

El principio de oficialidad deriva del principio de la legalidad objetiva, tiene como finalidad la impulsión de oficio del procedimiento. En efecto, el mismo es correspondiente en todos los casos a la administración. Ello, es así porque en la actuación de los órganos administrativos no tiene que satisfacerse sencillamente un interés administrativo. De ello, deriva que la inacción del administrado no puede determinar en ningún caso la paralización del procedimiento.



Por ende, debe proyectarse la creación legislativa de instancia, debido a que es difícil que la paralización de un procedimiento pueda ser debida a actos del particular debido a que normalmente su continuación no depende de la voluntad del particular. Por ende, es errado pretender aplicar por analogía, en ausencia de normas expresas, siendo la institución procesal de la perención de instancia. Si la ley expresamente no lo determina, la institución procesal mencionada es inaplicable, debido a que el principio imperante en el procedimiento administrativo no es la impulsión de las partes, sino la impulsión de oficio, principio que es incompatible con el de la perención o caducidad de instancia.

“El principio de la impulsión de oficio no quiere decir que toda impulsión procesal tiene que proceder de la administración. En todos esos casos en que el inicio del procedimiento depende del particular es notorio que el impulso inicial provee al particular, a pesar de que el acto particular retoma su aplicación en cuanto al principio general, y a la continuación del procedimiento que se rige por el principio de la impulsión de oficio”.⁹

2.3. Principio de informalismo

Uno de los aspectos esenciales del procedimiento administrativo es el de su carencia de formas estrictas, o sea, su informalismo. Pero, dicho término puede ser interpretado de dos maneras diametralmente opuestas, motivo por el cual es esencial fijar con determinación el alcance y significado de dicho informalismo.

⁹ Girón Santa Cruz, Eduardo Santiago. **Garantías administrativas**. Pág. 140.

En una concepción derivada del pensamiento anotado tiene que indicarse su relación con la certeza, seguridad, uniformidad, protección jurídica e informalidad. También las reclamaciones producidas en vía gubernativa no se encuentran en beneficio de los recurrentes.

Por ende, tiene que indicarse que el establecimiento de un procedimiento formal, a semejanza del judicial implica hacer perder a esa gran mayoría de administrados en relación de cualquier posibilidad de recurrir administrativamente, por cuanto pocas veces podrían presentarse reclamaciones en un todo de acuerdo con las prescripciones positivas.

Es de anotarse que formalizar en extremo el procedimiento significaría desproveer de medios de protección administrativa eficiente a la mayoría de los particulares. Ello, no quiere decir que no se puedan dictar algunas normas esenciales de procedimiento, pero las mismas deben mantener siempre el principio de informalismo en favor del administrado.

Los recursos administrativos tienen que interpretarse no de acuerdo a la letra de los escritos que los expresen, sino de acuerdo a la intención del recurrente, inclusive cuando el mismo los haya calificado erróneamente usando términos técnicos inexactos.

2.4. Principio del debido proceso

“Es la garantía constitucional que le asiste al administrado de ser procesado ejerciendo su derecho a la defensa, a ser oído, a producir medios de prueba, a conseguir resoluciones



fundamentadas en sí y a un proceso de acuerdo a las leyes jurídicas. El mismo implica que nadie puede ser privado de su vida, libertad o propiedad, sin la debida garantía de la tramitación de un proceso que haya sido desenvuelto de la forma que establece la ley”.¹⁰

Las actuaciones administrativas tienen que ser el resultado de un debido proceso, donde los administrados, o terceros que sean parte del mismo, tengan las más amplias oportunidades de expresión, fundamentación, defensa y solicitud de los medios de prueba que demuestren sus derechos, con plena observancia de las disposiciones reguladoras de la materia y del respeto de las etapas previstas.

En dicho sentido, el debido proceso consiste en una manifestación del Estado que busca el resguardo del individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, bajo la procuración en todo momento del respeto de las formas auténticas de cada trámite, por lo que tiene que configurarse su infracción cuando el administrador sea expresa o tácitamente, por acción u omisión el que restringe los derechos que le asisten al administrado y que se encuentren previstos en la norma constitucional, legal, reglamentaria o reguladora.

Por ende, es obligación constitucional de la administración pública en un Estado de derecho la observación del debido proceso en todas sus actuaciones como garantía esencial en beneficio de los administrados de acuerdo a lo regulado por la administración

¹⁰ *Ibíd.* Pág. 166.



pública que regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurándole a los administrados el debido proceso y en relación a su facultad sancionadora no se podrá disponer sanción administrativa alguna a las personas, sin la previa aplicación de procedimiento punitivo, siendo el fundamento para lo indicado el hecho de que el debido proceso procura la observancia de las formas propias de cada trámite, resultando en el deber de la administración pública de esa observancia y dotando de seguridad jurídica procesal al trámite en concreto.

El principio constitucional de la defensa en juicio, en el debido proceso es aplicable también administrativamente. Ello, tiene que explicarse debido a que constituye prácticamente un principio general del derecho, el cual se encuentra consustanciado con la esencia misma de derecho y de un Estado de derecho denominado justicia natural.

El derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se adapten a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se encuentren en una situación similar comprende el conjunto de los requisitos que tienen que observarse en las instancias procesales, con la finalidad de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto que haya sido emanado del Estado y que pueda afectar sus derechos.

El debido proceso adjetivo se instituye como la forma en la que confluyen todos los otros principios adjetivos, comprendiendo varios elementos de acuerdo a lo que se encuentre regulado legalmente.



“La garantía constitucional del debido proceso asegura a las partes el conocimiento de las resoluciones pronunciadas por los órganos judicial o administrativo actuantes durante el proceso. El mismo se tiene que aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.¹¹

La garantía constitucional del debido proceso asegura a las partes el conocimiento de las resoluciones pronunciadas por el órgano judicial o administrativo actuante durante el proceso, a objeto de que pueda comparecer en el juicio, haciendo efectivos los recursos que la ley establece. Debido a ello, los órganos jurisdiccionales que tengan conocimiento de un proceso tienen que observar los principios, derechos y normas como garantía, de lo cual se indica la vulneración de los mismos y se tiene por señalada la disposición constitucional.

La importancia del debido proceso se encuentra ligada a la búsqueda del orden justo. No es únicamente poner en movimiento las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual se tienen que respetar los principios procesales de publicidad.

El debido proceso se aplicaba a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie puede ser juzgado conforme a las normas preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

¹¹ *Ibíd.* Pág. 209.



En materia penal la ley permisiva o favorable a pesar de que sea posterior, se tiene que aplicar de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado electo por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento, a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y a controvertir las que se lleguen en su contra, a impugnar la sentencia condenatoria.

El reconocimiento práctico administrativo de la garantía jurisprudencial ha sido ampliamente reconocido y aplicado uniformemente. El mismo, se limita a consagrar para el caso particular al que la norma se refiere mediante la aplicación del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído.

El principio enunciado tiene tanta antigüedad como el ser humano. Dicha garantía tiene varios aspectos: derecho a ser oído en relación a un leal conocimiento de las actuaciones administrativas y la oportunidad de expresar sus motivaciones antes de la emisión del acto administrativo.

Es de importancia tomar en consideración los argumentos y cuestiones anteriormente propuestas para que sean conducentes a la solución del caso. Además, tiene que indicarse la obligación de señalar de forma expresa las peticiones y como corolario la obligación de fundar las decisiones analizando los puntos que hayan sido propuestos por las partes.



Este principio ha tomado tanta importancia en el Estado moderno de derecho, siendo el mismo mencionado como parte de la garantía de la defensa en juicio o debido proceso, y ha tomado entidad propia. De esa manera la razonabilidad, publicidad de los actos y procedimientos estatales señalan claramente la producción de los medios de prueba.

2.5. Principio de mediación

Es relativa la relación con el principio de oralidad o no del procedimiento existente, pudiendo tomarse en consideración la inmediación. Si el procedimiento es oral, es fundamental entonces la aplicación del principio de inmediación, o sea, que la misma autoridad tiene que tomar la decisión de la producción de pruebas y de la deposición de los testigos.

La organización administrativa por su naturaleza jerárquica y con tendencia a la centralización favorece la mediación, debido a que casi siempre son las autoridades superiores las que en definitiva van a tomar las decisiones finales. Este principio nada tiene que ver con las facultades del órgano en las correspondientes decisiones, para la apreciación de los medios de prueba. Se comprende que la inmediación permite la apreciación mejor de los hechos, pero ello no quiere decir que bajo el principio de la mediación el órgano superior se encuentre ligado por la apreciación llevada a cabo por el inferior, en donde el superior siempre puede apreciar los hechos, y darles nuevamente la interpretación diferente a la llevada a cabo por los organismos dependientes.



2.6. Principio de rapidez, simplicidad y economía

Es de anotarse que existen otros principios secundarios que caracterizan a la administración en su aspecto formal y son la rapidez, simplicidad y economía. Ello, quiere decir que es para evitarse complicados costos o lentos trámites administrativos burocráticos que limiten el desenvolvimiento del expediente. Es necesario destacar que los principios son secundario en relación al principio de informalismo en favor del administrado.

El principio de celeridad y economía procesal, implica la prudencia con que los administradores de justicia deben regirse en la tramitación de las motivaciones existentes, debiendo el proceso concretarse a las etapas esenciales y dentro de los plazos determinados, descartando los respectivos plazos innecesarios o adicionales, procedimientos impeditivos o dilaciones innecesarias, permitiendo a la vez de esta manera el avance oportuno del proceso.

Este principio consagra la conjunción perfecta entre la celeridad y el respeto de la norma y sus formalidades que resulten necesarias, permitiendo la eliminación de pasos procesales que impidan el fin buscado, tomando como premisa la diligencia necesaria para una pronta y oportuna solución de la controversia planteada.

De esta forma, este principio fundamental reconocido constitucionalmente determina que la potestad de impartir justicia emana de la ciudadanía y se sustenta justamente en el principio de celeridad. Los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía,



simplicidad y celeridad evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias. Este principio establece que quienes participan en el procedimiento tienen que guiar sus actuaciones en la tramitación con la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su tramitación o constituyan formalismos, con la finalidad de alcanzar una decisión en tiempo razonable.

El mismo se establece directamente en beneficio del administrado, con la finalidad de asegurar la satisfacción del derecho de petición administrativa, constitucionalmente consagrado. A su vez, integra un principio mayormente amplio, como lo es el de economía procesal, el cual implica el ahorro de costos en términos de tiempo, dinero y esfuerzo en el trámite de los procedimientos administrativos. Si bien el mismo no se encuentra señalado expresamente en la ley, su empleo no puede ser desconocido por los funcionarios administrativos.

Es necesario que el principio de celeridad no releve a las autoridades administrativas de hacer efectivo el respeto al debido procedimiento en las diversas actuaciones que se lleven a cabo. Este principio es fundamental en el derecho administrativo y no permite la vulneración del ordenamiento jurídico.

Además, busca la obtención de manera eficaz de las actuaciones administrativas sin que con ello se justifique un demérito de apego a la legalidad, en todo caso tiene que buscarse un equilibrio entre eficacia y legalidad.



2.7. Principio de buena fe

“El principio de buena fe es un principio general del derecho, que adquiere trascendental importancia en el campo administrativo, al corresponder a la relación misma entre el administrador y el administrado”.¹²

En la relación de los particulares con la administración pública se presume el principio de la buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo. Es así que el principio de buena fe se encuentra íntimamente ligado al reconocimiento de la dignidad humana, de los valores de lealtad y confianza mutua, donde administradores, ejercerán sus relaciones con lealtad, permitiendo que su validez jurídica sea incuestionable.

El principio de buena fe que rige tanto para las actuaciones de las autoridades como de los particulares es de origen constitucional y su consagración es correspondiente a un desarrollo preciso de garantías de los derechos tendientes a consolidar la confianza, la seguridad jurídica, credibilidad y certidumbre como normas básicas de convivencia dentro de la comunidad política, en el entendido que la desconfianza y la deslealtad no pueden constituirse en las reglas generales y ordinarias de comportamiento público frente a los ciudadanos y demás asociados en cualquier actuación administrativa o de los particulares para con las autoridades. El principio de la buena fe es de doble vía, en cuanto se entiende

¹² Navas. **Op. Cit.** Pág. 120.



que el mismo señala que las autoridades públicas deben garantizarse mutuo respeto y confianza.

La aplicación del principio de buena fe no constituye una herramienta idónea para la reducción de sanciones o la no aplicación de las mismas, siendo entonces la esencia del principio de buena fe la confianza mutua que tiene que primar entre la administración pública y el administrado en cuanto a las actuaciones de cada uno, por lo que el recurrente al señalar que bajo este principio se proceda a la eliminación de la sanción se encuentra fuera de toda lógica jurídica no pudiendo este principio ser aplicado conforme el recurrente que lo solicita por las razones ya expuestas con anterioridad.

Es fundamental que la administración aplique este principio en todas sus relaciones para con sus administrados y particulares, lo cual es una aplicación que se subsume a los principios de legalidad y legitimidad.

“Se fundamenta en la administración pública y el administrado en cuanto a las actuaciones de cada uno, por lo que el recurrente señala que bajo este principio se procede a la eliminación de la sanción y se encuentra fuera de toda lógica jurídica no pudiendo este principio ser aplicado de acuerdo al recurrente quien lo solicita por las razones ya expuestas con anterioridad”.¹³

¹³ **Ibíd.** Pág. 125.





CAPÍTULO III

3. Malversación de fondos públicos

El Estado constitucional de derecho tiene como finalidad la garantía de la vida en libertad y dignidad de su ciudadanía, permitiendo condiciones de vida que garanticen las condiciones básicas de seguridad, salud y educación.

También, es de importancia hacer mención de que para el efecto, todos los recursos económicos del Estado tienen que ser debidamente asignados y su ejecución, debidamente planificada.

Los funcionarios encargados de la ejecución son los administradores de los recursos y tienen que llevar a cabo sus mejores esfuerzos para una ejecución eficiente de acuerdo a lo planificado. El principio central consiste en no dejar a la arbitrariedad de los funcionarios competentes la aplicación de los recursos, sin obedecer a la planificación previa de los órganos competentes.

La malversación de fondos constituye un ilícito penal previsto que reprime las conductas que lesionan gravemente el funcionamiento de la administración pública y la prestación de los servicios públicos a los ciudadanos. Malversar fondos públicos significa darle un fin diferente al que estaban destinados, lesionando de manera grave y permanente los servicios públicos básicos.



3.1. Bien jurídico protegido

“El bien jurídico tutelado por el tipo penal del delito de malversación de fondo es el correcto funcionamiento de la administración pública. Es fundamental que se resguarde de manera específica la adecuada administración y aplicación de los fondos públicos. También, tiene que protegerse la racional organización y el empleo de los recursos presupuestales que se destinan a la prestación de bienes y servicios públicos establecidos por la ley”.¹⁴

De igual manera, se ha señalado que en el delito de malversación de fondos el bien jurídico protegido consiste en la preservación de la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, de la racional organización en la ejecución del gasto y en el empleo del dinero y bienes de origen público, con lo cual se tiene que afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio.

En la doctrina nacional se ha indicado que la incorporación de este delito tiene la finalidad de preservar la adecuada y funcional aplicación de los fondos públicos y del principio de legalidad presupuestal comprendido como la disciplina y racionalidad funcional del servicio, o como criterio rector en las diversas asignaciones y disposiciones del dinero y bien público.

En igual sentido, se precisa que el objeto de tutela tiene que ver de forma esencial con el camino correcto y ordenado del gasto público, en el sentido que se tiene que procurar que

¹⁴ Zambrano Hidalgo, Mirna Estibaliz. **Ilegalidades por malversación de fondos**. Pág. 98.



la ejecución del patrimonio del Estado alcance los fines que hayan sido propuestos por la administración, la cual, puede verse lesionada cuando se da un destino diferente de los fondos, lo cual no necesariamente es de esa manera, debido a que el legislador sujeta la punición de la conducta a la afectación del servicio público o de la función que haya sido encomendada.

3.2. Sujetos

Son los siguientes:

- a) **Sujeto activo:** el mismo es el funcionario o servidor público. No únicamente se exige que el agente ostente una calidad especial para la administración de dinero o bienes, sino que a la vez cuente con facultades para disponer de ellos con fines de destino oficial. “Es un delito especial propio y de infracción del deber por lo que es una condición necesaria que el sujeto activo pueda mantener un vínculo de carácter funcional y normativo con los bienes que se encuentran administrando. También, se requiere que los deberes especiales le permitan al agente disponer de los bienes bajo su custodia, esto es, otorgarles una aplicación definitiva diferente”.¹⁵

La ley no únicamente requiere que se trate de un funcionario público sino que a la vez exista una relación especial dentro del funcionario y los caudales o efectos. Para

¹⁵ **Ibíd.** Pág. 106.

que se den los extremos del tipo penal de malversación, el funcionario tiene que ser administrador de los mismos. Ello, quiere decir que el funcionario debe tener el manejo y disposición de los bienes para su aplicación a los fines que se encuentran determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de los mismos.

En dicho sentido, el tipo no precisa taxativamente la vinculación funcional por motivo de cargo, debido a que la misma tiene que exigirse a efectos de limitar la aplicación del tipo y de hacerlo congruente con el resto de los delitos de peculado. Con lo indicado se tiene que advertir la existencia de jurisprudencia que prescinde de la vinculación funcional por motivo de cargo, en base a una interpretación gramatical del tipo.

- b) Sujeto pasivo: es únicamente el Estado. Es de anotar que el comportamiento ilegal del agente lesiona al Estado en la medida que un miembro y representante de la administración es quien contrariamente a lo esperado infringe la ley lesionando el principio de legalidad presupuestal de la administración pública.

El grado de afectación al correcto funcionamiento de la administración pública es de importancia debido a que debilita la institución de la administración pública, así como también el cumplimiento de su papel constitucional que se ve entorpecido por el rechazo ciudadano que genera la comisión de este delito. Esta anomia es perjudicial para la institucionalidad de la convivencia en sociedad regida por normas jurídicas.

3.3. La tipicidad objetiva

El tipo penal de malversación de fondos contiene una modalidad delictiva. Consiste en dar una aplicación definitiva diferente al dinero o bienes que el funcionario o servidor público administra. En dicho sentido, se tiene que exigir competencia específica del funcionario o servidor público con la finalidad material del delito. De esa manera, se tiene que exigir que el servicio prestado o la función que haya sido encomendada resulte bajo lesiones.

“Para sancionar penalmente por malversación de fondos, es necesario que se acredite en autos con prueba objetiva la concurrencia de la existencia legal de una partida presupuestal, así como su aplicación y el destino indebido de los fondos públicos asignados a dicha partida”.¹⁶

3.4. Objeto material del delito

El objeto material del delito abarca el dinero y los bienes que son administrados por el funcionario o servidor público pero que los emplea para fines diferentes a lo presupuestado. El término dinero no conlleva los problemas de interpretación que pueden existir en la delimitación del término bienes. Pero, se tiene que tomar en cuenta que el tipo penal hace referencia a bienes de inminente connotación económica, o sea, que pueden ser cuantificados en relación a un valor económico determinado debido al principio de

¹⁶ **Ibíd.** Pág. 233.



lesividad, en donde la conducta no puede ser relevante para el derecho penal. Además, se ha indicado que el concepto bienes es bien amplio debido a que de manera usual incluye una serie de objetos que no necesariamente tienen un valor económico. Pero, dentro del contexto del delito de malversación se encuentra la interpretación del concepto y la misma es de aplicación pública diferente y sin valor económico. El carácter público de los bienes implica que los mismos bienes tienen que formar parte o encontrarse destinados a formar parte del patrimonio de la administración pública, aunque en este último caso, no puede disponerse de ellos.

Los bienes susceptibles de ser malversados tienen que ser muebles o inmuebles, con valores económicos determinados, pertenecientes o dirigidos a pertenecer a la administración pública. Otra exigencia del objeto material del delito radica en que debe contar con una asignación de una partida presupuestaria. Además, tiene que indicarse que es un presupuesto del delito que los bienes o el dinero hayan tenido un destino diferente previamente establecido, debido a que de no ser de esa manera el acto de disposición oficial será diferente al realizado por parte del sujeto público, siendo atípico de la malversación de fondos, ingresando el ámbito de su decisión discrecional. En sentido estricto, de no tener el dinero o bienes una partida presupuestal asignada se configurará un supuesto de tentativa por defecto material del objeto.

“De acuerdo a lo señalado jurisprudencialmente el delito de malversación de fondos se tiene que acreditar cuando el funcionario o servidor público infringe los deberes de garantía que tiene en relación al objeto material del delito en su relación funcional y jurídica dando

a los bienes una aplicación diferente a la que se está destinado, situación que implica un desvío del destino legal de los recursos del Estado cuando el funcionario toma la decisión que el dinero sea utilizado para un servicio diferente al presupuestado”.¹⁷

En el tipo penal se tiene que exigir que la aplicación llevada a cabo por el funcionario o servidor público sobre el dinero o bienes que tiene a su cuidado debe ser de carácter definitivo, es decir, que posteriormente no pueda ser reintegrado al destino originario y legal para el cual fue presupuestado. Pero, dicha interpretación desconoce por completo el hecho de que la malversación se tiene que llevar a cabo y encamine justamente a esa conducta. El posterior reintegro únicamente puede constituir una atenuante.

Además, se tiene que permitir la atipicidad de la conducta por el reintegro posterior de los bienes desviados, lo cual llevaría por lo demás a una neutralización del efecto preventivo del tipo penal debido a que se buscaría por parte del funcionario o servidor público, eludiendo cualquier responsabilidad penal con el sencillo hecho de reintegrar los bienes que hayan sido desviados o utilizados para finalidades diferentes.

De esa manera únicamente quedaría como interpretación razonable la comprensión que la aplicación definitiva hace referencia al carácter de los bienes. Así no existiría malversación en un grupo de casos de aplicación temporal cuando la misma haga referencia al uso de bienes y a la disminución de la cantidad o calidad para el servicio

¹⁷ Rodríguez Arias, Julio César. **Administración de bienes y la malversación**. Pág. 65.



originario y únicamente quedaría como típica la aplicación respectiva pública y diferente que implique el consumo y la disminución de idoneidad de los bienes para el destino público inicial.

De esa forma, la modalidad de uso de bienes que por su naturaleza incluyan la devolución de los bienes no permite ningún padecimiento. Por otra parte, también tiene que aplicarse la utilización de maquinaria para llevar a cabo una obra pública diferente a la señalada, cuando se lesione el servicio, debido a que la acción no tiene carácter definitivo.

No obstante, si sería típica la conducta que implique la aplicación del dinero que haya sido recibido a otra obra pública diferente de la encomendada, por más que se tenga la idea del vacío presupuestario con dinero público de la siguiente remesa que se encontraba destinada para la obra ejecutada, en donde únicamente se tiene que excluir la tipicidad si no hubiera perjuicio para la administración pública.

Además, doctrinariamente se tiene que considerar que la forma de aplicación del dinero o bienes públicos indica la consumación del delito, haciendo alusión a la imposibilidad de regreso de los mismos a la partida o rubro de destino asignado. Además, se encuentran fuera de lugar, por ende, las desviaciones de fondos que sean susceptibles de retorno o devolución son la causa que las motivó.

“El delito de malversación de fondos se configura cuando un servidor o funcionario público da dinero o bienes que administra una aplicación definitiva de aquella a la que estaban

destinados, y dicha aplicación es diferente al empleo o inversión diferente de fondos, bienes o efectos que tienen que realizarse, necesariamente en alguno de los proyectos oficiales o públicos del Estado”.¹⁸

Los tipos penales de malversación de fondos y peculado contienen situaciones e imputación contradictorias entre sí que no pueden ser aplicables al mismo hecho concreto, toda vez que por un lado el titular del ejercicio de la acción pública considera que los encausados se han apropiado para sí o para terceros el dinero de las arcas municipales, lo cual constituye el delito de peculado.

No se puede pretender al mismo tiempo que exista un desvío, debido a que en efecto la primera conducta excluye a la segunda toda vez que en el delito de malversación de fondos no existe apropiación de dinero por parte del sujeto activo ni de terceros, por el contrario, la función pública tiene que cumplirse, únicamente en una forma no debida.

También, se tiene que determinar la utilidad a la cual van designados los fondos, debiendo estar establecida mediante la normativa respectiva. El delito de malversación de fondos, prevista y penada sanciona al funcionario o servidor público que da el dinero o bienes que administra una aplicación definitiva de aquella a la cual se encuentran destinados, lesionando el servicio o la función que haya sido encomendada, siendo exigible para la configuración de este ilícito.

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 86.



3.5. Afectación del tipo penal

La incorporación del elemento afectación del servicio o de la función encomendada como parte del tipo penal se limitó al ámbito del comportamiento punible, a aquellos casos de malversación en donde se produjo una real y efectiva afectación del servicio o función pública. En dicho sentido, la norma exige para la configuración del delito que exista un resultado o consecuencia delictiva producto de la conducta del agente que genere la afectación del servicio o la función encomendada.

La jurisprudencia ha indicado la importancia del resultado perjudicial para el Estado como determinante de la configuración del delito. Este delito exige un cambio de destino, y que el mismo sea definitivo, lo cual se expresa en función del propio carácter de los bienes desviados; y como resultado típico, que con dicha conducta se dañe el servicio o la función encomendada. El delito de malversación de fondos no se encuentra probado, debido a que no se ha demostrado que el dinero utilizado en la compra de materiales tuviera una finalidad específica diferente a la que se dio. De lo actuado se tiene que verificar más bien que el monto es perteneciente a ser empleado en la realización de la conducta.

3.6. Tipicidad subjetiva

“El delito de malversación de fondos es un delito doloso, por lo que no es posible su comisión culposa. Para la configuración del dolo se requiere que el sujeto activo tiene el conocimiento del deber de probidad de administrar el dinero o bienes del Estado que en

razón de su cargo le está conferido, y la intención de desviarlos para finalidades distintas a lo establecido legalmente. Además, debido a la misma configuración del tipo penal, únicamente es posible su comisión mediante dolo directo, descartándose el dolo eventual. Al encontrarse ausente el dolo en el accionar del acusado, el elemento indispensable para que se configure el ilícito es la conducta atípica”.¹⁹

3.7. Tentativa y consumación

La consumación del delito de malversación necesita que el funcionario que administra los fondos de una aplicación definitiva diferente de aquella a las que se encontraban destinados. El tipo penal exige como resultado el empleo efectivo de los recursos, y que la acción afecte el servicio o función encomendada. En consecuencia, es válido admitir la tentativa.

En la doctrina se precisa que para consumarse el delito de malversación, debe producirse o verificarse la aplicación o empleo definitivo de los fondos a una finalidad establecida diferente.

Ello, de manera que no es suficiente que se lleve a cabo una acción. En igual sentido la malversación ha sido convertida en un delito de resultado, en donde la tentativa es fácilmente identificable con las conductas anteriores a la producción del mismo. Por otro

¹⁹ **Ibíd.** Pág. 96.

lado, únicamente tienen que existir actos preparatorios con el acto de desvío de la aplicación pública sin que se haya ejecutado todavía.

3.8. Autoría y participación

“La autoría del delito de malversación por exigencia legal indica que únicamente le corresponde al funcionario o servidor público. En efecto, debido a que se trata de un delito especial propio y de infracción del deber, solamente serán autores los funcionarios o servidores públicos que tengan la respectiva competencia específica para llevar a cabo la conducta típica y en dicho sentido, se requiere que el funcionario público tenga no únicamente bajo su custodia la administración de dinero y bienes, sino a la vez que pueda disponer de una normativa, ostentando la capacidad de poder dar a los caudales una aplicación definitiva diferente, cuando ello suceda, el autor tiene que llevar a cabo deberes especial y como consecuencia de ello configurarse el tipo penal”.²⁰

El aporte o intervención de los funcionarios no calificados con el deber especial o de los particulares que han colocado el auxilio debido a los actos que hayan sido cometidos por el funcionario o servidor público indican la tipificación del delito de malversación e infracción del deber. Únicamente los autores funcionarios pueden ostentar deberes especiales para la administración pública, siendo los demás intervinientes quienes con sus acciones dan respuesta a título de cómplices.

²⁰ Zambrano. *Op. Cit.* Pág. 280.

3.9. Concurso de delitos

“El delito de malversación no puede tomarse en consideración con los delitos de peculado, debido a que existe la presencia de conductas que a pesar de tener elementos comunes, son claramente diferenciables”.²¹

En efecto, la diferencia esencial entre estos ilícitos se encuentra en el peculado y en el peculado de uso, la finalidad principal que se le otorga a los bienes o caudales públicos es la utilización del carácter privado, mientras que en el delito de malversación la utilidad o destino que se les otorga a los fondos, continua siendo de finalidad pública.

Por otra parte, puede además existir concurso con los delitos de abuso de autoridad y omisión de funciones, debido a que cuando el funcionario se vale de resoluciones abusivas para direccionar su comportamiento, se lesiona no únicamente a la administración pública, sino también cuando un funcionario público omite o retarda algún acto de su cargo ocasionando la desviación de los caudales.

²¹ **Ibíd.** Pág. 290.



CAPÍTULO IV

4. La malversación de fondos por la incorrecta administración legal de bienes del patrimonio público

“El patrimonio público hace referencia a un conjunto de bienes y recursos con los cuales cuenta la administración estatal para el alcance de sus cometidos. Los mismos se expanden de manera exponencial en cantidad y complejidad producto de las transformaciones que experimenta la sociedad”.²²

Esos cambios han tenido incidencia en la evolución del derecho administrativo, el cual se rige por principios y cuenta con instrumentos y formas de actuación determinados. Esas formas de actuación indican una serie de desafíos para la vigencia del principio de probidad y consecuentemente para la protección del patrimonio público.

Los fenómenos relacionados con la corrupción cuentan con una incidencia directa en relación a la protección del patrimonio público y a la vigencia de los principios jurídicos. Por su parte, tiene que indicarse que el derecho administrativo guatemalteco cuenta con una serie de instrumentos que tienen como destino la protección del patrimonio público, los cuales, a la vez no cuentan con un estudio dogmático y de eficiencia que permita la identificación de su auténtico potencial.

²² Jaramillo Cárdenas, Joel Antonio. **Los bienes públicos y el patrimonio**. Pág. 71.

4.1. El derecho administrativo y el resguardo del patrimonio público

El conjunto de labores que la administración del Estado asume en la actualidad, impulsadas claramente por el incremento de las prestaciones que de manera directa o indirecta tienen que otorgarse para la satisfacción de las necesidades públicas, en principio, conllevan un incremento en las organizaciones que integran la administración.

Frente a ese eventual crecimiento, en la práctica la administración se ha visto obligada a una diversificación de las maneras organizativas en que tiene que estructurarse la administración pública y su replanteamiento de la manera en que deberán gestionarse los recursos públicos. Esa situación se encarga del planteamiento de la multiplicidad de nuevos caracteres para el derecho administrativo moderno.

4.2. Caracteres de la administración

Son los siguientes:

- a) **Descentralización funcional:** las labores y cometidos se entregan a las administraciones debidamente especializadas, dependientes de la administración pública tradicional, a pesar de que sea autónoma y separada. Si con la descentralización territorial la administración pública se acerca al lugar en que la toma de decisiones tiene que realizarse al lado de la funcional administración que requiere un ámbito de especialización técnica en los ámbitos en que se asumen

nuevas prestaciones como sucede con la creación de organismos específicos para el desarrollo de funciones con complejidad técnica.

- b) Fondos: la creación de diversas entidades tiene como función la administración del patrimonio público con un objetivo debidamente determinado. En ocasiones el legislador ha optado por la creación de fondos que no cuentan con una estructura orgánica y cuyo principal objetivo radica en la administración de recursos públicos con una determinada finalidad.

“Todos los fondos tienen en común que no cuentan con una estructura orgánica y con un consejo directivo, que toma la decisión en relación a la inversión de fondos. Esa decisión en relación a la inversión se lleva a cabo por parte de la administración y por los funcionarios dependientes de la verdadera administración pública”.²³

- c) Alejamiento del derecho administrativo: es un fenómeno que se tiene que traducir en el empleo instrumental de las diversas formas organizativas privadas para que se garanticen acciones administrativas y sus finalidades.

De esa manera la administración pública asume diversas maneras de organización de tipo jurídico-privado. La administración constituye la participación en empresas o sociedades regidas por el derecho privado.

²³ *Ibid.* Pág. 89.



La existencia de un derecho como el administrativo es aplicable a la administración pública y no obsta a que dicha prueba pueda someterse a algunas de sus relaciones al derecho común y, por ende, a la jurisdicción ordinaria como sucede con la administración pública a través del desarrollo de actividades comerciales o industriales recurriendo a formas jurídicas privadas, tomando en consideración su mayor eficiencia.

A ello, tiene que sumársele el fenómeno de la privatización, que no únicamente supone el alejamiento de las funciones tradicionalmente públicas de la administración, que son tomadas en consideración por los particulares, sino que a la vez se llevan a cabo a través de la obtención de lucro.

Con ello se hace referencia también a aquellos casos en que la administración pública deja de organizarse bajo la forma de persona jurídica de derecho público para su posterior autorización por la legislación, debiendo organizarse como persona jurídico-privada.

- d) **Multiplicidad de fuentes:** “La administración pública toma por sí misma una gran cantidad de decisiones que anteriormente asumía el poder legislativo. Ello, exige y supone para su legitimidad la posterior incorporación de la ciudadanía en relación a las personas interesadas, afectadas o concernidas por la decisión, que indica en definitiva abrir los procedimientos administrativos a la participación ciudadana. En

la práctica este fenómeno se fundamenta en la gran cantidad de remisiones que el legislador lleva a cabo de manera habitual al reglamento”.²⁴

Esa forma de distribución de potestades normativas no se encuentra reconocida de forma expresa en la Constitución Política. Pero, en la actualidad es una práctica legislativa común la de reenviar la forma completa de las normas legales. De esa manera, la regulación de ámbitos van mucho más allá del detalle o de la particularización de las normas legales de esa manera, en la aplicación práctica de dichas normas remitidas, sobre todo frente a asuntos técnicos, el reglamento a su vez tiene que remitir a resoluciones con carácter normativo, no resolutivo.

- e) Aplicación del principio de cooperación: es referente a la actuación conjunta de una administración pública con los administrados o con otras administraciones públicas. La idea de la cooperación entre Estado y sociedad domina la discusión científico jurídica y administrativa del derecho comparado.

La cooperación tiene que transformarse en un elemento de conducción política y de desarrollo y ampliación de la actividad estatal, lo cual entrega posibilidades de mejorar la situación de déficit de aplicación o eficacia de la normativa. En todas partes, también los gobiernos tienen que procurar dar a conocer la problemática que busca resolverse. Los pactos, acuerdos y protocolos son las diversas

²⁴ Linares Argueta, José Francisco. **El patrimonio público**. Pág. 111.



manifestaciones en las que tiene que plasmarse el principio de cooperación. De esa manera el principio de cooperación indica una carga positiva que no permite posibilidad alguna de encontrar alguna forma que se manifieste como detractor u opositor, al menos, a un intento de consenso.

- f) Actuación informal de la administración pública: es la forma de actuación de la administración pública referente a las negociaciones, presentaciones y acuerdos que se llevan a cabo lejos de un procedimiento administrativo, y que tienen por objeto no ejercer una potestad o bien ejercerla de una manera determinada.

“En cuanto a la actuación informal es la mayormente común de actuación de la administración y supone un retraso o suspensión del ejercicio de potestades, toda vez que se trata de que de manera informal la administración pública tome contacto con los destinatarios o interesados en sus decisiones o regulaciones, con el objeto de acordar, moderar o dirigir las mismas”.²⁵

La actuación informal requiere de un grado de conocimiento y confianza entre las partes y justamente estos elementos son los que hacen vulnerable a la administración frente a las presiones externas. Esos fenómenos lesionan o caracterizan a la administración del Estado y tienen incidencia en la protección del patrimonio público.

²⁵ *Ibíd.* Pág. 115.

4.3. La probidad administrativa y el patrimonio público

El ejercicio de las funciones públicas obliga a los titulares a dar estricto cumplimiento del principio de probidad en todas sus actuaciones. Con ello se trata de una norma de la más elevada jerarquía. En la misma se determina como destinatario a toda función pública, con lo que su alcance va más allá de la administración del Estado.

El principio de probidad administrativa se refiere a la observación de una conducta y a un desempeño honesto y leal de la función a su cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular. Con ello se tiene que plantear el interés general, así como las exigencias de los medios con los cuales se lleva a cabo la actuación administrativa o medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar una gestión eficaz.

Es fundamental garantizar el recto y correcto ejercicio del poder público, así como lo razonable e imparcial de las decisiones que se tomen en consideración, la rectitud de la ejecución de las normas jurídicas, los planes, programas y acciones relacionadas con la integridad de la administración de los recursos públicos que se gestionen y la expedición en el cumplimiento de las funciones legales. Cada una de las manifestaciones de la preeminencia del interés general se traduce en la aplicación de otros principios e instrumentos administrativos.

De esas manifestaciones de la preeminencia del interés general se traducen en la aplicación de otros principios e instrumentos administrativos. La probidad y la

preeminencia del interés general plantean el inconveniente en su aplicación, de que se trata de conceptos jurídicos, pero a la vez de carácter ético. En dicho sentido, el derecho administrativo será el auténtico custodio del comportamiento ético. Son interpretados únicamente desde la perspectiva legal o técnica, quedando reservado su alcance a los juristas.

“La falta de probidad es el abuso de un poder que ha sido confiado para la obtención de un beneficio privado. Desde esa perspectiva es correspondiente la tesis de la vigencia del principio de probidad en relación a los funcionarios que han privilegiado su interés personal por sobre el interés general que le corresponde servir. Pero, no necesariamente supone una vulneración a la legalidad formal que se tiene que respetar en la actuación y ello debido a que en virtud del acto de corrupción se puede obtener una prestación”.²⁶

Además, el acto administrativo es dictado con ocasión del acto de corrupción y no necesariamente tiene que verse afectado de manera directa por un vicio de nulidad, toda vez que se trata de un acto que en principio igualmente tenía que ser expedido.

4.4. Probidad, corrupción y protección del patrimonio público

La vigencia del principio de probidad se encuentra bajo la amenaza de los hechos de corrupción, los cuales se presentan por los medios de comunicación como fenómenos de

²⁶ Girón. *Op. Cit.* Pág. 223.



creciente ocurrencia. De manera evidente, si la corrupción trae como consecuencia que la actuación administrativa conlleva un beneficio personal para el administrador quiere decir que de alguna manera la administración de los recursos públicos no se llevó a cabo con integridad ética ni profesional.

En dicho sentido, la vulneración del patrimonio público se puede haber producido debido a que como producto de la corrupción la administración pública incurre en mayores costos al llevar cabo su actuación administrativa o al otorgar una prestación. Ello, debido a que evidentemente en virtud de un acto de corrupción se tiene que adaptar las decisiones de la administración pública a los fines del mismo bienestar sopesando costos y beneficios.

La administración pública deja de aprovechar las ventajas que en un determinado momento se encontraban. Además, la misma transfiere bienes en un valor que posteriormente un particular haya obtenido.

Es de anotarse que la administración adquiere bienes que posteriormente no son destinados con finalidad alguna o que reciben una aplicación menor a la que haya sido justificada. La administración se encarga de la realización de obras y de estudios que posteriormente determinan como inconducentes una imposible aplicación.

En esos casos no existe posibilidad alguna de poner en riesgo la protección del patrimonio público para enfrentar los fenómenos en mención relacionados con el derecho

administrativo, elaborando para el efecto un catálogo de los instrumentos destinados a que se puedan contrarrestar los efectos de la falta de vigencia del principio de probidad.

4.5. Instrumentos administrativos

“Es fundamental tomar en consideración que por instrumentos administrativos para la protección del patrimonio público tiene que comprenderse el conjunto de normas, procedimientos y acciones concretas que son adoptadas por la administración del Estado para el mantenimiento de la intangibilidad del patrimonio público”.²⁷

Una clasificación sencilla pero eficiente es la relativa a los instrumentos administrativos que existen para la protección del patrimonio público y es la que atiende al momento en que operan los instrumentos en relación a la actuación administrativa, lo cual es anterior o posterior a esta. En dicho sentido, se clasifican en instrumentos preventivos y reactivos.

- a) Instrumentos preventivos: dentro de los instrumentos preventivos se tiene que hacer la distinción entre los de carácter directivo, declarativo y de garantía.
- b) Instrumentos directivos: la vigencia del principio de probidad implica a su vez la observancia de una serie de reglas generales que tienen que tomarse en consideración en toda actuación administrativa. Esas reglas son consagradas por

²⁷ Palma Aguirre, María Ernesta. **Introducción al derecho administrativo**. Pág. 62.



el legislador, y en determinadas ocasiones como principios o como deberes, todos los cuales tienden a la vigencia del principio de probidad y a la protección del patrimonio público.

La protección del patrimonio público se materializa en cumplimiento de los principios de eficacia y eficiencia, en la medida que la gestión del patrimonio público se haga de una forma que no suponga mayores costos a la administración pública, y por el contrario, permita alcanzar con la mayor economía los medios de finalidad de la actuación encomendada por el ordenamiento jurídico.

La administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad que se encuentra consagrado en la legislación tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte. Los hechos y fundamentos de derecho tienen siempre que expresarse en aquellos actos que lesionen los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos o perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan los recursos administrativos.

En estricto rigor en este denominado principio del procedimiento administrativo se tienen que establecer dos reglas generales. En primer término se reitera la vigencia del principio de probidad, tanto durante la tramitación del procedimiento administrativo como en la resolución que le pone fin.



Pero, dicha disposición es repetitiva, debido a que la misma obligación para la administración dispone de todo tipo de actuación favorable o no en relación a las resoluciones contenidas que serán debidamente fundadas.

En dicho sentido, se trata de una obligación que asegura al menos formalmente que la administración tomará en consideración únicamente a los elementos objetivos para su posterior decisión. De esa manera, la obligación de fundamentar la actuación constituye una garantía en cuanto tiene que exponer ante todos los interesados los motivos para una determinada decisión.

Las autoridades y los funcionarios de la administración en quienes se den algunas de las circunstancias del procedimiento resolverán el deber del legislador de disponer de protección anticipada frente a aquellas autoridades que cuentan con poder de decisión en un procedimiento administrativo y que pueden verse implicadas por los vínculos de parentesco, interés personal en el asunto y vinculación laboral.

- c) Instrumentos declarativos: se dispone de tres instrumentos de carácter preventivo declarativo, que tienen por finalidad garantizar la protección del patrimonio público. En primer lugar deben mencionarse dos instrumentos declarativos de carácter directo, como la declaración de intereses y la declaración de patrimonio.



Con ello, se trata de instrumentos basados en la misma declaración que hagan los interesados, los cuales pueden emplearse como medios de comparación de la envergadura del patrimonio privado al ingresar en la función pública y al término de la misma, o como mecanismo de detección de las posibles incompatibilidades en la actuación del funcionario. El tercer instrumento de carácter declarativo, es la declaración jurada.

La declaración de intereses debe comprender las actividades profesionales y económicas en que tenga participación la autoridad o el funcionario llamado a efectuarla. Con ello, se trata de una declaración jurada que tiene que ser actualizada cuando exista un hecho de importancia que tenga incidencia en las actividades profesionales y económicas del funcionario.

Por su parte, la declaración del patrimonio consiste en la declaración jurada de algunos funcionarios y autoridades públicas. La misma ha sido desarrollada a través de la declaración patrimonial de bienes y abarca la individualización completa de los inmuebles de cualquier tipo, los vehículos motorizados y los valores a que haga referencia el declarante titular, tomándose en consideración los títulos transferibles.

La declaración jurada de no concurrencia de una inhabilidad establece como obligación para los postulantes a un cargo de la administración pública que tiene que acreditar la causal de inhabilidad prevista. Esas causales se refieren fundamentalmente a la vinculación por parentesco o afinidad con otras autoridades



o funcionarios. A ello tiene que agregársele la inhabilidad que tienen las autoridades de la administración del Estado en relación a la dependencia de consumo.

- d) Instrumentos de garantía: por instrumentos de garantía tiene que comprenderse el conjunto de medidas y reglas de manera previa a la entrada en un cargo público que suponga la administración de recursos públicos.
- e) Instrumentos procedimentales: deben comprenderse aquellos procedimientos administrativos que se encuentran destinados a la selección de documentos privados que contratarán con la administración del Estado.

La propuesta pública es definida como el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante los cuales la administración lleva a cabo un llamado público, convocando a los interesados para que sujetándose a las bases fijadas, formulan propuestas, entre las cuales se tiene que seleccionar y aceptar lo más conveniente.

“En virtud de estos procedimientos administrativos de suministro y prestación se lleva a cabo una asignación de recursos públicos que aseguran la igualdad en su distribución, a través de un llamado público y abierto a todos aquellos que tengan interés en participar en la ejecución del contrato administrativo al cual se haga referencia, siempre que se cumpla con los requisitos necesarios.”²⁸

²⁸ *Ibíd.* Pág. 76.

El problema de esta clase de instrumentos procedimentales radica justamente en las posibilidades que tiene la administración pública para exceptuarse a sí misma su aplicación. Pero, en principio constituyen la mejor vía para el aseguramiento de la transparencia y eficacia en la asignación de los recursos públicos contra la prestación consistente en el cumplimiento de una obligación contractual.

- f) Instrumentos reactivos: por instrumentos reactivos debe comprenderse el conjunto de medidas administrativas que operaran de manera posterior a la realización de una actuación administrativa que tenga relación con la gestión del patrimonio público. Esos instrumentos pueden a su vez encontrarse agrupados de acuerdo se trate de instrumentos que facilitan la información relacionada con una actuación, si la investigan o examinan.

4.6. Malversación de fondos por la incorrecta administración legal de bienes del patrimonio público en la sociedad guatemalteca

El derecho administrativo ha sufrido cambios que cuentan con incidencia en la vigencia del principio de probidad y en la protección del patrimonio público. A pesar de que ha existido un vertiginoso avance de la sociedad guatemalteca en el mundo globalizado, se presenta como una labor dificultosa para la administración del Estado adecuarse y avanzar para la erradicación del delito de malversación en contra del patrimonio público.



“El principio de probidad debe encontrarse vigente en la legislación administrativa y en consecuencia la protección del patrimonio público es para el legislador una de las principales preocupaciones al momento de determinar el ámbito de actuación de las autoridades públicas”.²⁹

El Código Civil Decreto Ley 106 regula en el Artículo 457: “Bienes del dominio público. Los bienes del dominio del poder público pertenecen al Estado o a los municipios y se dividen en bienes de uso público común y de uso especial”.

El Artículo 459 del Código Civil regula: “Bienes nacionales de uso no común. Son bienes nacionales de uso no común: 1o.- Los que están destinados al servicio del Estado, de las municipalidades y de las entidades estatales descentralizadas, y los demás que constituyen su patrimonio; 2o.- Los de uso público, cuando dejen de serlo de hecho o por virtud de una ley; 3o.- Los ingresos fiscales y municipales; 4o.- El subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y los minerales antes de ser extraídos, así como cualquiera otra substancia orgánica o inorgánica del subsuelo; 5o.- Los terrenos baldíos y las tierras que no sean de propiedad privada; 6o.- Los que habiendo sido de propiedad particular queden vacantes, y los que adquieran el Estado o las municipalidades por cualquier título legal; 7o.- Los excesos de propiedades rústicas o urbanas, de conformidad con la ley; y 8o.- Los monumentos y las reliquias arqueológicas”.

²⁹ Martín. **Op. Cit.** Pág. 203.



Por su parte, los instrumentos administrativos de información y transparencia son eficientes para la protección del patrimonio público, siendo esencial que se lleve a cabo un estudio de los instrumentos administrativos, en donde es bien claro que se favorece el conocimiento de las actuaciones administrativas que ejercen un efecto preventivo frente a los diversos fenómenos de corrupción y afectación al patrimonio público. Además, tiene que indicarse que existe una vinculación directa entre el desarrollo y vigencia del principio de probidad.

El Artículo 5 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos Decreto 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Bienes tutelados. Los bienes tutelados por la presente Ley son los siguientes:

- a) El patrimonio público, de conformidad con el artículo 121 de la Constitución Política de la República y artículos 457, 458 y 459 del Código Civil, y otros que determinen las leyes.
- b) Los aportes que realiza el Estado, sus organismos, las municipalidades y sus empresas, las entidades públicas autónomas y descentralizadas, a las entidades y personas jurídicas indicadas en el Artículo 4 inciso c) de la presente Ley, así como los fondos que éstas recauden entre el público para fines de interés social.
- c) Los fondos y aportes que perciban y reciban con ocasión de colectas públicas los comités, asociaciones, patronatos y demás organizaciones no gubernamentales debidamente autorizados, para la realización de actividades sociales de cualquier naturaleza.

- d) Los fondos o aportes económicos que perciban del Estado, sus organismos municipalidades y sus empresas, y de las entidades descentralizadas y autónomas, las entidades o personas jurídicas y comités indicados en el artículo 4 incisos c), d) y e), para garantizar su debida inversión.
- e) Los demás que regulan la Constitución Política de la República y leyes específicas”.

Por su parte, el Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Malversación. El funcionario o empleado público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.

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

En el país han aumentado desmedidamente el fenómeno de la corrupción y producto de ello se ha vulnerado de forma incontrolada el patrimonio público. Por su parte, la agenda de transparencia y probidad impulsada estatalmente parece ser claramente una respuesta positiva a la tácita confirmación de que por lo menos los instrumentos administrativos existentes para la protección del patrimonio público no han dado el resultado debidamente esperado.

“El derecho administrativo existe y se encuentra inmerso dentro de una serie de instrumentos de ese carácter que de manera directa o indirecta tienen como objetivo el aseguramiento de la integridad del patrimonio público. Pero, hasta el momento ha existido



un escaso tratamiento de los mismos, debido a la evolución reciente del derecho administrativo y, sobre todo, de la consagración formal del principio de probidad, lo cual indica un ámbito de poca información relacionada con los caracteres, clasificación y eficiencia de los instrumentos que aseguran la protección del patrimonio público en el derecho administrativo”.³⁰

Tomando en consideración la perspectiva dogmática la problemática planteada es compleja, debido a que no existe una clara conceptualización de lo que tiene que comprenderse en relación a la malversación de fondos y su relación con el patrimonio público.

La vinculación existente entre probidad, corrupción y resguardo del patrimonio público es fundamental, así como su categorización y explicación de los diversos instrumentos existentes en el ordenamiento jurídico con la finalidad de proteger el patrimonio público como se planteó con los objetivos formulados, para de esa manera combatir la malversación de fondos por la incorrecta administración legal de bienes del patrimonio público en la sociedad guatemalteca.

³⁰ Álvarez. **Op. Cit.** Pág. 120.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En las dependencias estatales en Guatemala existe la práctica de realizar gastos en una actividad o un bien, en lugar de utilizarlo para lo que estaba presupuestado, sin que se les otorgue la respectiva autorización de acuerdo con la Ley Orgánica del Presupuesto, Decreto número 101-97 del Congreso de la República de Guatemala, lo cual es un delito puesto que el Artículo 447 del Código Penal lo tipifica como tal, pero como no existe un control estricto de los gastos en las entidades gubernamentales.

La malversación de fondos es un delito contra la administración pública que consiste en la apropiación indebida o el desvío de recursos públicos por parte de una autoridad o funcionario público, en beneficio propio o de terceros. Este delito se encuentra tipificado en el Código Penal y su comisión puede traer consigo pena de prisión, inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos e inclusive multas económicas. Además, se configura cuando una persona encargada de administrar o custodiar bienes públicos incurre en conductas desleales o indebidas, en perjuicio del patrimonio público y del interés general.

Para superar estas prácticas que afectan el cumplimiento de los fines presupuestados, el Congreso de la República de Guatemala, a través de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales debe aumentar la pena establecida en el Artículo 447 del Código Penal a una privativa de libertad de seis meses a un año y con el agravante de que se aumentará de uno a cinco años si a consecuencia de la malversación resultare daño o entorpecimiento del servicio a los caudales o efectos que estos tuvieren consignados.





BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino. **Teoría y práctica del derecho administrativo**. 5ª. ed. Valencia, España: Ed. Milán, 1999.

BIDART CAMPOS, Germán Alejandro. **Derecho administrativo**. 3ª. ed. Madrid, España: Ed. Ariel, 2003.

CALDERÓN MUÑOZ, Henry Esteban. **El delito de malversación de fondos**. 3ª. ed. Barcelona, España: Ed. Unión, 2012.

FRAGOLA JIMÉNEZ, Juan Humberto. **Manual de derecho administrativo**. 3ª. ed. Madrid, España: Ed. Nápoles, 2003.

GIRÓN SANTA CRUZ, Eduardo Santiago. **Garantías administrativas**. 2ª. ed. Madrid, España: Ed. Jurídicas, S.A., 2011.

HEREDIA GARCÍA, Horacio Alberto. **Los medios administrativos**. 4ª. ed. Barcelona, España: Ed. Dykinson, 1998.

HURTADO FLORES, Julio Enrique. **Principios reguladores del derecho administrativo**. 4ª. ed. Barcelona, España: Ed. YUG, 2009.

JARAMILLO CÁRDENAS, Joel Antonio. **Los bienes públicos y el patrimonio**. 4ª. ed. México, D.F.: Ed. Allison, 2008.

LINARES ARGUETA, José Francisco. **El patrimonio público**. 5ª. ed. Barcelona, España: Ed. Ariel, 2010.

MARTÍN PODETTI, Diego Alejandro. **Fundamentos de derecho administrativo**. 3ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Valladolid, 1999.

NAVAS LUQUE, Alexander Fernando. **Principios del derecho administrativo**. 5ª. ed. Madrid, España: Ed. SARS, 2002.



PALMA AGUIRRE, María Ernesta. **Introducción al derecho administrativo**. 3ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar, 2015.

RODRÍGUEZ ARIAS, Julio César. **Administración de bienes**. 2ª. ed. Madrid, España: Ed. Dykinson, 2006.

SANDULLI SPOTA, Carlos Alberto. **Tratado de derecho administrativo**. 8ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 2002.

WAKERS MALDONADO, Javier Epifanio. **El bien jurídico tutelado**. 5ª. ed. Barcelona, España: Ed. Juris, 2002.

ZAMBRANO HIDALGO, Mirna Estibaliz. **Ilegalidades por malversación de fondos**. 4ª. ed. Madrid, España: Ed. Dykinson, 2009.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106 del jefe de gobierno de la República de Guatemala Enrique Peralta Azurdía, 1963.

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

Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos. Decreto número 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.