

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



**DESPENALIZACIÓN DEL DELITO  
DE MALVERSACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS**

**JOSÉ INÉS CASTILLO MARTÍNEZ**

GUATEMALA, MARZO DE 2006.

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

**DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

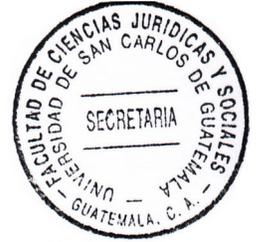
**JOSÉ INÉS CASTILLO MARTÍNEZ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO**

**EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Guatemala, marzo de 2006.



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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López  
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla.  
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez  
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín  
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López  
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

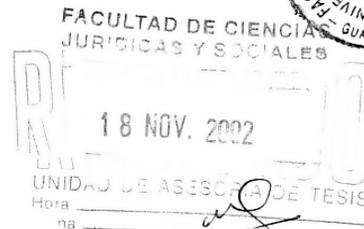
**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.)

**LIC. ERWIN ROLANDO FLORES**  
**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, 18 de noviembre de 2002



**Señor Decano:**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**  
**Ciudad.**



Señor Decano:

Tengo el honor de dirigirme a usted, con el fin de manifestarle que, por providencia emanada de la Decanatura a su Cargo he servido de Consejero al Bachiller **JOSÉ INÉS CASTILLO MARTÍNEZ**, en su trabajo de Tests, intitulado: **“DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS”**, y en esa virtud rindo el dictamen respectivo en la siguiente forma:

1. El Bachiller **JOSÉ INÉS CASTILLO MARTÍNEZ**, inicia su exposición con un estudio sobre las más diversas formas modernas de tipificación y modalidades del delito de malversación de fondos públicos en la doctrina y en otras legislaciones, especialmente la española, luego analiza su naturaleza jurídica y los elementos que integran ete delito analiza esta modalidad de delito en nuestra legislación, estudia y hace una clara relación de las leyes presupuestarias que son fundamentales para interpretar su consumación; indica y analiza el Juicio de Faltas que es el procedimiento por medio del cual se juzga al sujeto infractor de la norma; y luego hace un acertado análisis sobre las implicaciones o consecuencias que sufren y a las que son sometidas las personas que son juzgadas por este delito, apoyado en investigaciones bibliográficas muy profundas y específicas que hiciera de tratadistas nacionales y extranjeros y por último realiza un análisis crítico sobre estas consecuencias, para aterrizar concretamente a su propuesta de despenalizar este delito.
2. El trabajo elaborado por el Bachiller **JOSÉ INÉS CASTILLO MARTÍNEZ**, es un trabajo elaborado en forma clara amplia sistemática, objetiva y realista que plantea fundamentalmente la necesidad de despenalizar el delito de malversación de fondos públicos desde la perspectiva y concepción de un derecho penal moderno y garantista, haciendo énfasis en que el derecho penal debe ser la última instancia a la que se sometan los conflictos sociales para su solución y en ese sentido propone, como una forma o medida desjudicializadora extraer del sistema penal la solución de este problema y redefinirlo bajo los postulados del Derecho Administrativo.
3. Considero, que el trabajo de investigación realizado por el Bachiller **JOSÉ INÉS CASTILLO MARTIENZ**, llena los requisitos que exige el reglamento correspondiente, por lo que debe ser discutido y aprobado en su examen público de graduación.

Sin otro particular y aprovechando la oportunidad patentizo al señor Decano las muestras de más alta consideración y estima.

Consejero de Tesis.

**LIC. ERWIN ROLANDO FLORES**  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
**Colegiado No. 4,765**

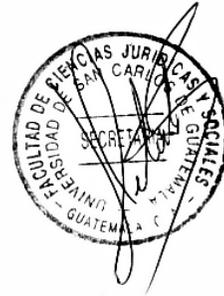
**Oficina Profesional: Colonia Castillo, Taxisco, Santa Rosa, Teléfono Celular 5395780**

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 1.  
Guatemala, C. A



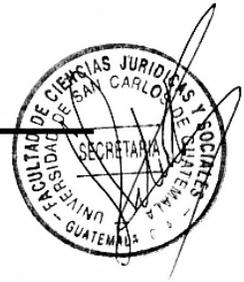
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y  
SOCIALES. Guatemala, treinta de enero del año dos mil tres.-----

Atentamente, pase al LIC. EDGAR ENRIQUE LEMUS ORELLANA, para que proceda a Revisar  
el trabajo de Tesis del estudiante JOSÉ INÉS CASTILLO MARTÍNEZ, intitulado:  
"DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS" y en su  
oportunidad emita el dictamen correspondiente.-----

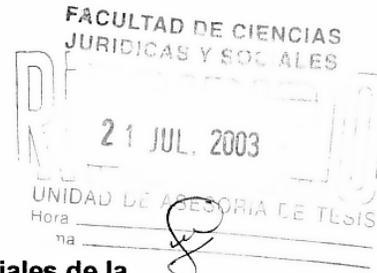
MIAE/kdv



**Lemus Orellana & Asociados**  
**ABOGADOS Y NOTARIOS**  
**7ª. Avenida 8-56 zona 1 Guatemala**  
**TEL. 2323293**



Julio, 21 de 2003



**Licenciado**  
**Carlos Estuardo Gálvez Barrios**  
**Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**  
**Ciudad Universitaria.**

**Señor Decano:**

En cumplimiento a lo ordenado por usted, procedí a revisar el trabajo de tesis del estudiante **JOSÉ INÉS CASTILLO MARTÍNEZ**, intitulado **"DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS"**.

Leí y revisé cuidadosamente la tesis mencionada, haciendo las observaciones que consideré pertinentes y sugerí los cambios necesarios, de conformidad con la doctrina y la práctica, los cuales fueron atendidos por el sustentante.

En virtud de lo expuesto **DICTAMINO**: que el trabajo de tesis presentado por el estudiante **JOSÉ INÉS CASTILLO MARTÍNEZ**, llena los requisitos académicos y normativos exigidos por los reglamentos de esta casa de estudios, para eventualmente ser discutido en examen público respectivo.

Atentamente,

"Id y enseñad a todos".

Lic. Edgar Enrique Lemus Orellana  
Revisor. Colegiado No. 3015



UNIVERSIDAD DE SAN  
CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y  
SOCIALES.** Guatemala, seis de marzo de dos mil seis.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante **JOSÉ INÉS CASTILLO MARTÍNEZ**, titulado **DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS**, Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MIAE/sllh





## ACTO QUE DEDICO

- A DIOS:** Todo poderoso que me iluminó el camino del bien, para alcanzar mis metas
- A MIS PADRES:** José Inés Castillo (**Q.E.P.D.**) e Hilda Martínez
- A MIS CENTROS EDUCATIVOS:** Escuela Nacional Primaria Mixta, Aldea Candelaria, Taxisco, Santa Rosa, Instituto de Educación Básica de Monterrico, Santa Rosa, Colegio Mixto de Enseñanza, Guatemala.  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, centros de Formación Académica que sirvieron para forjar mi educación, que hoy constituyen mis templos del saber.
- INSTITUCIONES SOCIALES:** Asociación de Estudiantes Universitarios **AEU**  
Asociación de estudiantes El derecho **AED**  
Comité de Unidad Campesina **CUC**  
Universidad de San Carlos de Guatemala **USAC**  
Instituciones y movimientos Sociales y Políticos que me permitieron Conocer una realidad política, social, económico y cultural a nivel Nacional. Adquirir una conciencia de clase y aptitud de lucha Revolucionaria, en función de la gente más necesitada de nuestra Nación.
- A MIS FAMILIARES:** Francisca Alvarado, Rutilia Castillo, Rodrigo Castillo, Obdulio Valladares, Elisa Sagastume. Por haberme apoyado en los tiempos de estudiante.
- A MIS CATEDRATICOS:** Licenciados: Juan Alberto Martínez, Edgar Lemus Orellana, Estuardo Gálvez, Oscar Bolaños Parada, y Profesores Carlos Arnulfo Pazos, Enio Donis Calderón, Margarita González Morán, esta última que me enseñó A leer y a escribir.
- A MIS HIJOS:** José Inés Castillo Santos y Napoleón Castillo Santos, que les sirva de Ejemplo, para conducirse en el camino del bien y en su vida, aparte de ser académicos, sean actores de cambios dentro de la sociedad.
- A MI ESPOSA:** Con Amor y respeto.



## ÍNDICE

Pág.

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

### CAPÍTULO I

1. El delito de malversación .....	1
1.1. Introducción. ....	1
1.2. Definición .....	1
1.3. Diversas denominaciones .....	2
1.4. Naturaleza jurídica de la malversación. ....	3
1.5. Sujeto activo del delito de malversación .....	3
1.6. El bien jurídico protegido.....	4
1.7. Acción típica. ....	5
1.8. Carácter público de los caudales y efectos .....	6
1.9. Afectación de los bienes .....	7
1.10. Consumación y tentativa. ....	7
1.11. Culpabilidad .....	8
1.12. Circunstancia agravante .....	8
1.13. Problemas de participación.....	9

### CAPÍTULO II

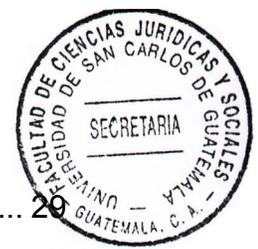
2. Tipificación del delito de malversación de fondos en la doctrina.....	11
2.1. Clasificación de los diversos tipos penales según Suárez Montes.....	13
2.1.1. Conducta de apropiación.....	13
2.1.1.1. Modalidad activa.....	14
2.1.1.2. Modalidades omisivas .....	14
2.1.1.2.1. La modalidad dolosa.....	14
2.1.1.2.2. Modalidad culposa .....	15
2.1.2. Conducta de distracción. ....	16



2.1.2.1. Aplicación a usos privados .....	16
2.1.2.2. Destino público diferente .....	17
2.1.3. Conductas de retención.....	18
2.1.3.1. Denegación de pagos.....	18
2.1.3.2. Retención indebida de fondos .....	18
2.1.4. Malversación de otros caudales o efectos públicos.....	19
2.1.5. Tipos extensivos de malversación impropios, cometidos por quienes no son funcionarios públicos.. .....	19
2.1.5.1. A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las administraciones públicas.....	20
2.1.5.2. A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.....	20
2.1.5.3. A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares .....	21

### **CAPÍTULO III**

3. El delito de malversación y las leyes presupuestarias .....	23
3.1. Legislación presupuestaria en nuestro país .....	23
3.2. Origen, evolución y definición de presupuesto.....	24
3.3. Características y requisitos del control presupuestario .....	26
3.4. Características y requisitos de los presupuestos .....	27
3.5. Clasificación de los presupuestos .....	28
3.5.1. En cuanto al periodo o plazo que se refiere .....	28
3.5.2. Por su importancia.....	28
3.5.3. En cuanto a su origen y efectos .....	28
3.5.4. En cuanto a su flexibilidad .....	29
3.5.5. En cuanto al limite que expresan.....	29



3.5.6. En cuanto a la unidad .....	29
3.5.7. En cuanto a la entidad .....	29
3.6. Sistemas presupuestarios .....	30
3.7. Principios presupuestarios .....	30
3.8. Los presupuestos municipales .....	31
3.9. La pena en el delito de malversación .....	33
3.10. Eximentes de responsabilidad penal en el delito de malversación .....	35
3.10.1. Legítimo ejercicio de un derecho .....	36
3.10.2. Obediencia debida .....	37
3.10.3. El estado de necesidad .....	39

## CAPÍTULO IV

4. Procedimiento específico para el juzgamiento del delito de malversación de fondos públicos .....	41
4.1. Acción de denunciar este delito .....	41
4.1.1. Contraloría general de cuentas .....	41
4.1.2. Ministerio público .....	42
4.1.3. Los medios de comunicación social, el denominado cuarto poder .....	42
4.1.4. Cualquier persona (participación ciudadana) .....	43
4.2. Órganos que conocen la denuncia por malversación de fondos .....	44
4.2.1. Fiscalía contra la corrupción del ministerio público .....	44
4.2.2. Los juzgados de paz .....	44
4.3. La inmunidad: El derecho de antejuicio .....	45
4.3.1. El antejuicio es una autorización necesaria para perseguir penalmente a las personas que gozan de dicho derecho .....	45
4.4. El procedimiento por medio del cual se juzga el delito de malversación de fondos públicos (El juicio por faltas) .....	47



## CAPÍTULO V

5. Principios penales que tienen relación con el delito de malversación de fondos públicos.....	49
5.1. Principio de intervención mínima (última ratio del derecho penal).....	49
5.1.1. El carácter fragmentario .....	49
5.1.2. El de subsidiariedad .....	50
5.2. Principio de proporcionalidad de las penas .....	50
5.3. Impedimento para ejercer cargos públicos .....	53
5.4. Estigma social.....	54
5.5. Análisis crítico y propuesta .....	55
5.5.1. Ventajas que implicaría la propuesta.....	58
CONCLUSIONES .....	59
RECOMENDACIONES.....	63
BIBLIOGRAFÍA.....	67

i

## INTRODUCCIÓN



Cuando en estos momentos a nivel centroamericano, especialmente en nuestro país, como solución, para frenar el alto índice de criminalidad que a diario se presenta, se discute sobre como incrementar las sanciones penales que deberán soportar las personas que infringen las normas penales; es oportuno, que como estudiantes de las ciencias jurídicas y sociales, nos preocupemos por analizar y proponer soluciones concretas a casos concretos que contribuyan a la resolución de los diferentes conflictos sociales, en los que interviene el Estado a través del Derecho Penal.

En este trabajo sencillo, pero con ambiciones futuristas, pretendo ser impulsor de proposiciones de carácter desjudicializador, como en el caso del delito de malversación de fondos públicos, que no es un delito de grave impacto social, que ocasione daños irreparables y que su sanción penal como sabemos es de una multa. Además, conforme los postulados de un derecho penal moderno y garantista sobre el cual deben formularse las bases de un Estado democrático y de derecho, en el que prevalezcan los derechos humanos de las personas, que están reconocidos y recogidos en los diferentes instrumentos internacionales en esta materia y en nuestra Constitución Política de la República, los motivos que fundamentan la persecución penal por el delito de malversacion de fondos publicos, ya no responde a los mismos, como política criminal del Estado.

Para el efecto el presente trabajo lo divido en cinco capitulos, a saber: El capitulo I, se refiere a generalidades, características y elementos del delito de malversación de fondos públicos, con el objeto de que se conozcan aspectos propios de este delito y la forma en que la doctrina penal los desarrolla. En el capitulo II, analizo las diversas formas de tipificación de este delito en la doctrina, para hacer un estudio comparativo en cuanto al tratamiento que se les da a estas conductas en nuestra legislación y en la española.

En el Capítulo III, analizo lo referente a la legislación presupuestaria que tiene íntima relación, con la malversación de fondos públicos, a efecto de poder determinar cómo opera la utilización de los recursos municipales y los momentos en los cuales se comete el delito; además se estudia la pena correspondiente a este delito y las eximentes de responsabilidad penal, que podría invocar como medio de defensa, la persona infractora de la norma penal. En el Capítulo IV, desarrollo el procedimiento específico por medio del cual se juzga a las personas que cometen este ilícito penal, el cual por su naturaleza, es sancionado con una pena principal de multa, y es por el procedimiento de las faltas; se estudia lo relacionado con la inmunidad personal, por el derecho de antejuicio del que gozan de conformidad con la ley determinados funcionarios públicos que cometen el delito de malversación de fondos públicos; se estudian las Instituciones y diferentes personas que les asiste el derecho de denunciar el cometimiento de este delito, así como los órganos jurisdiccionales que por mandato legal deben conocer y tramitar las denuncias o querellas presentadas por el mismo.

En el Capítulo V, hago un estudio de los diversos principios que tienen relación con el delito de malversación de fondos públicos, tales como el principio de intervención mínima, de carácter fragmentario y subsidiaridad del derecho penal y de la proporcionalidad de las penas; así como la situación del impedimento legal al que se ve expuesto el funcionario, por la sentencia condenatoria de este delito, así como del estigma social al que se le somete por estar sujeto a un proceso penal de esta clase; y por último, efectúo un análisis crítico y formalizò la propuesta de despenalización de esta figura jurídica, como delito en el código penal guatemalteco, y propongo que esta situación sea sancionada, siempre con una multa, empero, ya no de tipo penal, sino de índole administrativo, a imponer por la contraloría general de cuentas, por ser el máximo ente fiscalizador del presupuesto del Estado y de las municipalidades del país.

Con este trabajo, pretendo allanar el interés tanto de estudiantes, profesionales del derecho, como de profesores del área de derecho penal, de legisladores del congreso de la república, para que juntos analicemos las ventajas y desventajas que



conlleva actualmente tener tipificado este delito y las ventajas o desventajas de despenalizarlo y dejar que sea el derecho administrativo, el cual a través de sus diversos procedimientos sea el que resuelva y sancione tal irregularidad.



1  
**CAPÍTULO I**



**1. El delito de malversación.**

**1.1 Introducción.**

Para iniciar el estudio y conocimiento del delito de malversación de fondos públicos, se hace imprescindible conocer como la legislación y la doctrina penal lo definen y al final aportar mi propia definición.

**1.2 Definición:**

La legislación penal guatemalteca “establece que: comete el delito de malversación, el funcionario o empleado público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados” <sup>1</sup> .

El diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, “define a la malversación de caudales públicos, como: el delito que comete el funcionario público cuando da a los caudales o efectos que administra aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados” <sup>2</sup> .

---

<sup>1</sup> Artículo 447 , **Código penal** -Decreto 17-73 del Congreso de la República.

<sup>2</sup> Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 445.

Jaso, “define la malversación de caudales como la distracción o apropiación de bienes muebles llevada a cabo por aquel a quien incumbe el deber público de su custodia”<sup>3</sup>.



El autor por su parte, en base a los elementos, naturaleza y características del delito y en apoyo a las definiciones legal y doctrinaria, defino la malversación de fondos públicos: **“como aquella situación irregular en que incurre el empleado o funcionario público, que tiene bajo su guarda y custodia bienes del Estado o del Municipio, los cuales están debidamente presupuestados y los mismos tienen un fin específico o determinado, ya sea por la ley, por reglamento o por cualquier disposición legal que así lo establezca, y los utiliza o destina, no se los apropia, para otros fines distintos de los programados, que también están programados y presupuestados, pero que presentan en esos momentos serias deficiencias de liquidez para ser financiados y, en razón de tales motivos, se utilizan, satisfaciendo siempre necesidades que la población requiere”**.

### 1.3 Diversas denominaciones.

La doctrina estudia y se refiere al delito de malversación, independientemente, ya sea como Malversación de Caudales Públicos, Malversación de Efectos Públicos, Malversación de Fondos Públicos, Aplicación Indevida de Caudales Públicos o Destino Indevido de Fondos Públicos, y nuestra legislación la denomina simplemente malversación, puesto que el bien jurídico especialmente tutelado es la regular inversión y aplicación de los bienes públicos dentro de la misma órbita de la administración; en otras palabras, es el ordenamiento patrimonial de la administración lo que se protege.

---

<sup>3</sup> Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal español**, pág. 1128.



#### 1.4 Naturaleza jurídica de la malversación.

Su naturaleza “constituye una infracción del deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario para la administración. Pero, por otra parte, la malversación ostenta un carácter patrimonial evidente, al incidir sobre los fondos públicos, lesionando los intereses patrimoniales del Estado” <sup>4</sup>.

Al respecto el tratadista “al referirse a la naturaleza del delito de malversación, indica que la pena que se impone por cometerla, es en si por los actos que violan la fidelidad que los funcionarios deben observar en el manejo de los caudales que tienen a su cargo y reprime no sólo el perjuicio económico causado sino también y muy especialmente, el abuso, por parte del funcionario, de la confianza públicamente depositada en él” <sup>5</sup>. Tienen, pues, los delitos de malversación de caudales un doble aspecto, constituyen una infracción del deber de probidad de los funcionarios en el manejo de los fondos públicos que por razón de su cargo les están confiados y encierran además una lesión de los intereses patrimoniales del Estado.

#### 1.5 Sujeto activo del delito de malversación.

Como ya se señaló supra, autor o sujeto activo del delito de malversación de fondos públicos, “es el funcionario (o empleado público, según nuestra legislación) que administra los caudales o efectos que se aplican indebidamente; ese carácter de administrador se da cuando el funcionario está facultado administrativamente para

---

<sup>4</sup> Muñoz Conde, Francisco. **Derecho penal**, pág. 774.

<sup>5</sup> Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**, pág. 450.

disponer de los bienes, o sea, para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas, lo cual no implica la exigencia de que los tenga materialmente”<sup>6</sup>.



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

## 1.6 El bien jurídico protegido.

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

“El tipo no protege específicamente la propiedad de esos bienes (eso queda para los delitos contra la propiedad), sino la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido o creado; por eso, tiene en común su caracterización como manejo anormal de los bienes por parte de quienes funcionalmente están encargados de hacerles cumplir sus finalidades o preservarlos para ello”<sup>7</sup>. El profesor Chileno, “indica que el bien jurídico protegido, en este caso es la función administrativa, pero

<sup>6</sup> Creus, Carlos. **Derecho penal**, págs. 294-295

<sup>7</sup> **Ibid**, pág. 292.

concretada al cuidado de los fondos públicos, que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario”<sup>8</sup>. No es un delito patrimonial en primer término, aunque su efecto sea de carácter patrimonial, pues el patrimonio está en consideración de la función administrativa y tampoco es un delito socioeconómico, pues no se considera al funcionario socioeconómico del sistema. En razón del bien jurídico es que el sujeto activo sólo puede ser un funcionario público en los diferentes tipos legales que se comprende. En segundo lugar, el objeto material es siempre los caudales públicos, por los cuales hay que entender cualquier clase de bienes muebles con valor económico y que pertenezcan a la administración en amplio sentido.



El autor español “indica que los delitos de malversación afectan el patrimonio público. No puede decirse con ello que sean técnicamente delitos contra la propiedad cualificados. La gestión desleal de los caudales causa un perjuicio patrimonial cierto, como el dar a los caudales del Estado un destino diferente del que tenían asignado, que obliga a proveer con otros medios económicos no previstos a las necesidades que aquellos caudales habían de cubrir o dejar desatendidos los servicios públicos para los que habían sido presupuestados. Objeto de ataque son, por consiguiente, los intereses patrimoniales del Estado, la provincia, el municipio y en general de los entes públicos, tengan o no autonomía administrativa”<sup>9</sup>.

## 1.7 Acción típica.

La acción típica en el delito de malversación, es pues, la de dar a los caudales o efectos administrados por el autor una aplicación distinta de aquella a que estaban destinados (sin sacarlos de la administración).

---

<sup>8</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal**, págs. 377-378.

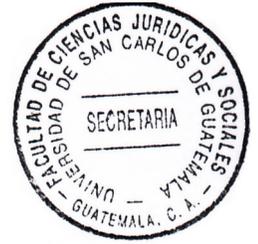
<sup>9</sup> Rodríguez Devesa, **Ob.Cit**; pág. 1127.

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



### **1.8 Carácter público de los caudales y efectos.**

Indica la doctrina que pese al silencio de la ley, la colocación del tipo (entre los delitos contra la administración) y el carácter de la función del agente sobre ellos, indican que tanto los caudales como los efectos tienen que ser públicos. Pero, si eso no se discute, no se han puesto del todo de acuerdo los tratadistas para determinar el criterio para otorgar esa calidad. Para unos, son bienes públicos todos los que pertenecen al Estado en cuanto no estén afectados a actividades de índole comercial, en las cuales el Estado encara los mismos riesgos que un particular respecto de esos bienes; o sea, sólo son publicos los que estan afectados a fines administrativos especificos (tesis del riesgo. Soler). Para otros, son bienes públicos todos los que pertenecen al Estado (Manzini, Maggiore; tesis de la pertenencia) y no cabe duda de que, como lo que está en juego no es la protección de la propiedad (que es lo que tiene fundamentalmente en cuenta la tesis del riesgo), sino la seguridad de las finalidades administrativas que deben cumplir los bienes, la segunda de las opiniones expuestas parece más adecuada a la noción actual de gestión administrativa. En concreto; bienes publicos son los propios del Estado o sus entes autárquicos de que aquel puede disponer para el cumplimiento de sus servicios o fines publicos (Nuñez); quedan excluidos, pues, aquellos sobre los cuales el Estado asume gestiones de guardador, pero sin tener la facultad de disponer de ellos para el cumplimiento de sus fines.



### **1.9 Afectación de los bienes.**

La circunstancia de que la acción típica se constituya en un cambio de destino de los bienes que son aplicados al que no corresponde, requiere, primordialmente, que los caudales o efectos estén expresamente asignados por la ley, el reglamento o la orden emanada de autoridad competente, a un destino determinado, genérico (por ejemplo para el Poder Judicial) o específico (por ejemplo para compra de muebles). El destino se cambia afectando los bienes a otro distinto del legalmente determinado, pero sin salir de la esfera de la administración (lo contrario sería ya peculado); es decir, dándole un destino administrativo diferente (por ejemplo que la partida designada al Poder Judicial, se emplee para adquirir vehículos destinados al poder ejecutivo). Normalmente el destino de los fondos lo determinan las llamadas “leyes de presupuesto”. Sobre esto último, serán temas de discusión en un capítulo específico.

### **1.10 Consumación y tentativa.**

El delito se consuma con la aplicación de los caudales o efectos a un destino distinto del asignado por la ley, el reglamento o la orden. Por aplicación de los fondos no se entiende el simple cambio de imputación de los bienes, pero tampoco en todos los casos sería imprescindible su inversión (es decir el “gasto de ellos”); también hay una malversación cuando el oro asignado a necesidades financieras se destina para fundir una estatua que adorne un edificio público, por ejemplo. Esta aplicación de los fondos es, sin duda, un resultado material, en cuya consecución se pueden ofrecer distintas etapas ejecutivas, lo cual hace posible la tentativa.



### **1.11 Culpabilidad.**

El dolo en este caso, requiere el conocimiento del destino de los bienes y la voluntad de disponer de ellos para un destino distinto. Tanto puede ser directo como eventual. El error iuris, por ejemplo, sobre el verdadero destino legal de los bienes, puede alcanzar relevancia exculpatoria.

### **1.12 Circunstancia agravante.**

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

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



### 1.13 Problemas de participación.

La malversación de caudales públicos, “es un delito especial, ya que como hemos visto autor en sentido estricto solo puede serlo el que ostenta las cualidades personales exigidas en el tipo: la de funcionario público o asimilado”<sup>10</sup>. Algunos supuestos de malversación constituyen también delitos comunes de hurto o apropiación indebida. Ello ha llevado a un sector jurisprudencial y doctrinal a considerar aplicable la sanción penal, cuando participen extraños, haciendo a éstos responder por el delito común y al funcionario por el especial. La jurisprudencia y doctrina más recientes consideran, sin embargo que son de aplicación también aquí las reglas generales de la participación y unidad del título de imputación. El particular que participe (induzca o coopere) en la malversación del funcionario responderá también de este delito. En el caso contrario de que sea el funcionario quien participe en la sustracción realizada por el particular, aquel responderá por el delito común, salvo en los casos en que está especialmente previsto el consentimiento a la sustracción como conducta típica de malversación.

---

<sup>10</sup> Muñoz Conde, **Ob.Cit**; págs. 781-782.



11  
**CAPÍTULO II**



## **2. Tipificación del delito de malversación de fondos en la doctrina.**

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

En ese orden de ideas, siguiendo el criterio de SUARES MONTES, “presenta una clasificación de los diferentes tipos legales de malversación que se refieren a funcionarios y caudales públicos propiamente dichos” <sup>11</sup>. Para el efecto los elementos comunes a los diferentes tipos son los siguientes:

**Sujeto activo:** “es el funcionario público que por razón de sus funciones tiene a su cargo caudales o efectos públicos” <sup>12</sup>. Situación que es compartida por Juan Bustos Ramírez y Eugenio Cuello Calón. Es de hacer resaltar que este es un elemento esencial del delito.

“El carácter de sujeto de este delito no lo da sólo el hecho de ser funcionario público, sino la relación del funcionario con el objeto material del delito: los caudales

---

<sup>11</sup> Bustos Ramírez, **Ob.Cit;** págs. 377 al 381.

<sup>12</sup> Cuello Calón, **Ob.Cit;** pág. 451.



públicos”<sup>13</sup>. Por caudal o efecto se entiende cualquier objeto o cosa mueble, dinero, efectos negociables, etc., que tengan un valor económico apreciable. El carácter público se determina por la pertenencia de los bienes a la administración pública; pudiendo decirse que tal pertenencia comienza desde el momento en que existe un derecho expectante de la administración a la entrega de los caudales, aunque aún no hayan ingresado formalmente en las arcas de la entidad. Basta tan solo con la percepción por parte del funcionario de los caudales destinados a la administración para que estos adquieran ya la categoría de públicos. Los profesores guatemaltecos, al analizar los elementos del delito de malversación, “indican que el sujeto activo, efectivamente es el funcionario o empleado público, que administre caudales o efectos públicos, que de a los mismos, una aplicación diferente de aquella a que estén destinados, debiéndose entender que no se los apropian, sino que estando destinados los caudales para cierto objetivo, se les destina a otros, pues si se los apropiara estarían incurriendo en peculado y por último nos indican que el elemento interno: es la conciencia de que los caudales están destinados a ciertos efectos y la voluntad de destinarlos para objeto diferente”<sup>14</sup>.

Como ya se dijo, entre los caudales y el funcionario debe existir una determinada relación. Según pone de relieve SUARES MONTES, no es suficiente con que el funcionario tenga los caudales “con ocasión de” o “en consideración a” la función que desempeña, es preciso que la tenencia se derive de la **función y competencia específicas**. No habrá, por tanto malversación, cuando la tenencia obedezca a una

---

<sup>13</sup> El artículo 1º. Del Reglamento de la Ley del Servicio Civil, contenido en Acuerdo Gubernativo No. 18-98 del 15 de enero de 1998. En el artículo 1º. Define lo que se debe entender como funcionario y empleado públicos: “Funcionario Público: “es la persona individual que ocupa un cargo o puesto en virtud de elección popular o nombramiento, conforme a las leyes correspondientes, por el cual ejerce mando, autoridad, competencia legal y representación de carácter oficial, de la dependencia o entidad estatal correspondiente y; Empleado Público: “Es la persona que ocupa un puesto al servicio del Estado en las entidades o dependencias regidas por la ley de Servicio Civil, en virtud de nombramiento o contrato expedidos de conformidad con las disposiciones legales, por el cual queda obligado a prestar sus servicios o a ejecutar una obra, personalmente a cargo de un salario, bajo la dirección continuada del representante de la dependencia, entidad o institución donde preste sus servicios y bajo la subordinación inmediata del funcionario o representante”.

<sup>14</sup> De Mata Vela, Juan Francisco. Héctor Anibal De León Velasco. **Derecho penal II**, pág. 727.

negativa abusiva, a un acto administrativo ilegal, a engaño, abuso de oficio, etc. Siendo necesario además, que estos caudales estén “a su cargo o a su disposición”. Con ello quiere decir que no se precisa la tenencia material, bastando con la posibilidad de disposición meramente jurídica. En esa misma línea de pensamiento, “se indica que semejante aplicación indebida ha de tener lugar sin autorización competente, pues si el funcionario obrare en virtud de orden competente del superior jerárquico quedará exento de responsabilidad penal”<sup>15</sup>. “El elemento subjetivo está constituido por la conciencia de tener los caudales un efecto destino diferente del que recibieron y por la voluntad de darles una aplicación distinta de la debida”<sup>16</sup>.



## 2.1 Clasificación de los diversos tipos penales según Suares Montes.

### 2.1.1 Conducta de apropiación.

En este grupo están comprendidos los delitos por los cuales los funcionarios o empleados públicos o aún un extraño, sustraen en forma definitiva los caudales que maneja o administra. Esta forma de delito contiene dos modalidades una activa y otra pasiva, dolosas ambas y una tercera modalidad omisiva culposa. “En nuestra legislación, esta modalidad está tipificada como delito de peculado -doloso y culposo-”<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Cuello Calon, **Ob.Cit;** pág. 460.

<sup>16</sup> El artículo 25 numeral 4o, del **Código Penal**, regula la obediencia debida como una causa de inculpa bilidad o sea una causa que exime la responsabilidad penal.

<sup>17</sup> Artículos 445 y 446 del **Código Penal**.



### **2.1.1.1 Modalidad activa.**

La modalidad activa se manifiesta cuando el funcionario público sustrajere.... Los caudales o efectos públicos.... El término de sustracción debe interpretarse en estos casos como equivalente a “apropiación”, sencillamente, ya que el funcionario tiene la previa posesión o disponibilidad sobre los caudales. Esencial en este tipo, para distinguirlo, es el ánimo de apropiación definitiva que debe guiar al funcionario y no simplemente de uso o aplicación a fines privados. El delito es eminentemente intencional, aunque es indiferente el móvil con que se realice. Los profesores guatemaltecos De León Velasco y De Mata Vela, hacen un análisis sobre los elementos de este delito tanto en su modalidad activa (peculado doloso) como en su modalidad omisiva (peculado culposo), empero, no los analizaremos en esta oportunidad, en virtud de que no es en si el tema central de este trabajo, recomendando al lector, para tener una mejor ilustración, referirse a la obra de estos distinguidos profesores guatemaltecos.

### **2.1.1.2 Modalidades omisivas.**

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

#### **2.1.1.2.1 La modalidad dolosa.**

“El funcionario que.... Consintiere que otro sustraiga los caudales o efectos públicos.... “Se trata de un delito de comisión por omisión del deber de custodia de los caudales a cargo del funcionario. Esencial es, por tanto, la infracción de ese deber,

independientemente de que dicha infracción se lleve a cabo por omisiones positivas (entregando por ejemplo la llave de la caja al extraño) o puramente omisivas. La infracción del deber ha de ser dolosa, por cuanto el consentimiento es un consentimiento a la sustracción. La razón de la equiparación de la modalidad activa y la omisiva es compleja y descansa más en razones político-criminales que dogmáticas. El legislador a querido aquí, como en algunos otros delitos, equiparar expresamente estas conductas, porque de dejarlas sometidas a las reglas generales de la participación pudiera ocurrir que el funcionario saliera absurdamente privilegiado, respondiendo sólo como participe en el hurto o apropiación indebida cometidos por el particular, o incluso quedara impune, caso de no ser delictiva la sustracción llevada a cabo por el particular por tener este un crédito pendiente con la administración. Pero esta equiparación entre acción y omisión es sólo posible por voluntad expresa del legislador, no pudiendo elevarse a teoría general la categoría de los llamados “delitos consistentes en la infracción de un deber”, en los que lo decisivo es la infracción del deber y no la modalidad, activa u omisiva, de la conducta.



#### **2.1.1.2.2 Modalidad culposa.**

“El funcionario público que por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos...” Al igual que en el supuesto anterior, también aquí es necesaria una infracción del deber de vigilancia de los efectos públicos que tiene a su cargo. Pero, a diferencia de la modalidad dolosa, esa infracción es meramente imprudente respecto al resultado de la sustracción por el extraño. Se habla de abandono o negligencia “inexcusables”, por tal debe entenderse la falta de la más elemental precaución y prudencia y no simplemente la mera imprudencia. “El tipo se restringe, por tanto, a la imprudencia temeraria. Es necesario que entre la negligencia y la sustracción medie una relación de causalidad y que la sustracción conste fehacientemente. La simple mala administración o falta de

control que dan lugar, por ejemplo, a que los caudales se pierdan o dañen no constituyen este delito y todo lo más dará lugar a una sanción disciplinaria”<sup>18</sup>.



## 2.1.2 Conducta de distracción.

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

### 2.1.2.1 Aplicación a usos privados.

Esta modalidad se da cuando “el funcionario que aplicare a usos propios o ajenos los caudales puestos a su cargo...”. La diferencia entre este delito y el tratado supra, radica fundamentalmente en el tipo subjetivo. En el de la conducta de apropiación, es preciso que el sujeto quiera apropiarse definitivamente de los caudales, constituyendo el posterior reintegro todo lo más la atenuante de arrepentimiento espontáneo. Por el contrario, en este caso piensa reintegrar los caudales indebidamente sustraídos. Obsérvese que los usos a que se apliquen los caudales o efectos públicos pueden ser propios o ajenos, con lo cual también se incluyen en este tipo la conducta del funcionario que consiente que un extraño utilice los efectos públicos.

<sup>18</sup> La relación de causalidad está definida en el artículo 10 del **Código Penal**. Las teorías que tratan la relación de causalidad son las siguientes: 1) Teoría de la Condición o de la Equivalencia de las Condiciones, 2) Teoría de la Adecuación; 3) Teoría de la Causalidad Jurídico-penalmente relevante y 4) Teorías Individualizadoras de la



### 2.1.2.2 Destino público diferente.

“Esta modalidad se presenta cuando el funcionario público diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente a aquella a que estuvieren destinados. La tendencia de la doctrina ha sido siempre desde GROIZARD, la de considerar este delito como **una simple infracción disciplinaria que debería ser excluída del ámbito penal**. Evidentemente este tipo de malversación formal viene impuesta muchas veces por razones del servicio y por las circunstancias cambiantes que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de la adscripción de los caudales. Pero tampoco puede olvidarse que los presupuestos públicos se hacen en función de la adscripción de determinadas cantidades a determinados servicios y que esta adscripción no puede ser cambiada arbitrariamente por el funcionario sin razones muy poderosas para ello, en casos anormales de catàstrofes, inundación, etc. Fuera de estos casos la malversación de destino puede consistir en un abuso o desviación de poder considerable y por tanto, un delito. Indicando que debe de mantenerse, por consiguiente como tipo penal, sin perjuicio de aplicar en su caso las causas de justificación que procedan (Por ejemplo el estado de necesidad, como eximente de responsabilidad regulada en el artículo 24 numeral 2) del Código Penal).

Es esta una forma sumamente corriente de malversación que debería ser reconsiderada porque viene impuesta en muchas ocasiones por las conveniencias mismas de la gestión del servicio público a causa de la lentitud administrativa. La cifra negra es por ello muy elevada. Acaso estuviese indicado incriminar sólo aquellos supuestos en los que se produzca daño o entorpecimiento para el servicio público y desde luego es inexplicable que no se conceda el privilegio que en otros tipos se establece para el reintegro”<sup>19</sup>.

---

causalidad. Abogado y Notario, Bairon Gualberto Ramírez García. **Consideraciones doctrinarias y legales de la imputación objetiva en los delitos culposos**, págs. 23 a 27.

<sup>19</sup> Rodríguez Devesa, **Ob.Cit**; pág. 1133.



### **2.1.3 Conductas de retención.**

#### **2.1.3.1 Denegación de Pagos.**

Esta modalidad se da cuando “el funcionario público que debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado no lo hiciera”. En nuestra legislación está tipificada esta modalidad de malversación como delito de Incumplimiento de Pago, regulado en el artículo 448 del Código Penal.

#### **2.1.3.2 Retención indebida de Fondos.**

Esta disposición le es aplicable al funcionario público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración. Ambos delitos son subsidiarios de los delitos ya analizados, pues de producirse esta retención por haberse apropiado o distraído el funcionario los caudales públicos serán de preferente aplicación aquellos delitos. El contenido de la primera conducta se reduce pues, a la mera abstención de hacer el pago debido y a la no entrega de la cosa. La conducta de no entrega de la cosa debe ir precedida de un previo requerimiento de la autoridad competente, siendo indiferente que la cosa de la que el funcionario tiene la custodia o administración sea pública o privada. En el fondo no es más que una modalidad del delito de desobediencia (artículo 420 del Código Penal Guatemalteco) que podría por tanto suprimirse. En el primer caso no es necesario ese previo requerimiento y los fondos han de ser expresamente del Estado, de lo que deduce SUARES MONTES, que en este caso es posible la comisión culposa, no así en el anterior no así en el segundo que mas bien es una desobediencia expresa a la orden de la autoridad. Esta modalidad de malversación está regulada en

nuestra legislación, como delito de incumplimiento de pago, en el artículo 440 del Código Penal, segundo parágrafo.



#### **2.1.4 Malversación de otros caudales o efectos públicos.**

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

#### **2.1.5 Tipos extensivos de malversación impropios, cometidos por quienes no son funcionarios públicos.**

“La legislación penal española moderna, introduce un cláusula extensiva de incriminación de los delitos de malversación a cargo de determinados sujetos, que aun no siendo funcionarios públicos, son equiparados a los mismos a efectos de realización de estos tipos delictivos”<sup>20</sup>, siendo estas las siguientes:

---

<sup>20</sup> Carmona Delgado, Concepción, **Curso de derecho penal español**, págs. 414 a 415.



**2.1.5.1 A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las administraciones públicas.**

En nuestro medio, recordemos que la administración pública en la actualidad, con el objeto de reducir el pasivo laboral, ha implementado la contratación del personal por el renglón 029 “Servicios Técnicos Profesionales”<sup>21</sup>. Estas personas en muchos de los casos efectivamente, tienen bajo su cargo la guarda, custodia y manejo de fondos de las diferentes instituciones donde prestan sus servicios, empero se amparan en que no tienen la calidad de funcionarios ni de empleados públicos, para tratar de no responder por la mala aplicación hecha a los mismos. Esta última situación así la contempla el último párrafo del artículo 1o. del Reglamento de la Ley de Servicio Civil.

**2.1.5.2 A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.**

En nuestro medio conforme la legislación podemos citar varios ejemplos, en donde las instituciones actúan como agentes retenedores, con la consiguiente obligación de trasladar los efectos en un plazo determinado, so pena de hacerse acreedores a las sanciones pecuniarias correspondientes, entre ellos tenemos los descuentos efectuados a cuenta definitiva del impuesto Sobre la Renta, la retención del Impuesto al Valor Agregado, las cuotas del Seguro Social, las cuotas de primas de fianza que se les descuentan a los empleados públicos, para garantizar su fidelidad y en el caso de

---

<sup>21</sup> Esta modalidad de contratación está regulada por las disposiciones que rigen la Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado que rige para cada Ejercicio Fiscal, la Circular conjunta suscrita entre las Instituciones: Contraloría General de Cuentas, Ministerio de Finanzas Públicas y Oficina Nacional de Servicio Civil; disposiciones del Código Civil y la Ley de Contrataciones del Estado.

las Municipalidades las cuotas por concepto de Plan de Prestaciones del Empleado Municipal, para efectos de jubilación de los trabajadores municipales.



**2.1.5.3 A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.**

El sujeto activo de las diversas figuras típicas de malversación por extensión es constituido por “determinados particulares” que, expresamente en el marco descriptivo de este tipo, son equiparados a funcionarios públicos, por virtud del ejercicio de la función administradora que a aquellos se encomienda respecto de determinados bienes legalmente afectos a fines públicos.

El derecho penal debe permanecer apegado a la realidad y no tiene por qué supeditarse a categorías normativas extrapenales que no respondan a la criminalidad, como la del “concepto administrativo” de “funcionario público” por cuanto el ordenamiento punitivo interesa fundamentalmente al “desempeño de la función “ en lugar de la “titularidad del cargo”.

Desde el punto de vista político criminal, la actual equiparación en responsabilidad penal de los particulares mencionados en este precepto a autoridades y funcionarios públicos, en los términos previstos, resulta desproporcionada y no adecuada a las exigencias jurídicas del principio de igualdad.

En ese orden de ideas, encontramos lo que al respecto sobre el bien jurídico protegido manifiesta el tratadista Chileno “que estos tipos extensivos de malversación, los encargados de tales fondos, sean funcionarios o no, cometen malversación pública. Empero, si bien es cierto que hay un interés público en estos casos, no es ese el aspecto básico del injusto, que tiene un carácter mas bien de defraudatorio patrimonial y no de función administrativa” <sup>22</sup> .



---

<sup>22</sup> Bustos Ramírez, **Ob.Cit**; pág. 378.



### **3. El delito de malversación y las leyes presupuestarias.**

El artículo 447 del Código Penal establece que: “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 será aumentada al doble, si a consecuencia de la malversación resultare daño o entorpecimiento del servicio a que los caudales o efectos estuvieren consignados.” Conforme lo analizo en lo sucesivo esta sanción penal ya fue incrementada en cinco veces su valor. Así también, en el Código Procesal Penal Guatemalteco, se encuentra desarrollado el procedimiento por el cual, se persigue y se sanciona a la persona que comete este delito.

#### **3.1 Legislación presupuestaria en nuestro país.**

Para poder determinar con exactitud, la forma en que normalmente se consuma este delito, es decir, cuando se le dà un destino diferente a los fondos, cuando èstos según la ley o el reglamento, están expresamente asignados para un fin específico. Se hace imprescindible analizar y conocer las llamadas leyes de presupuesto, que son las que, como ya se dijo, normalmente regulan el destino de los fondos. Por lo que según el orden jeràrquico de las normas, tenemos en nuestra legislación en primer término la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual en los artículos 237 al 243, regula todo lo referente al Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, indicàndonos además, que este es un documento público y lo referente a la fiscalización para la liquidación del presupuesto por parte de la Contraloría General de



Cuentas. En segundo lugar encontramos la Ley Orgánica del Presupuesto y su reglamento "la cual tiene por objeto regular lo relativo a la captación de los recursos y la inversión de los fondos tanto del Estado como de las Entidades Centralizadas, Descentralizadas y Autónomas (entre ellas las municipalidades del país)" <sup>23</sup> . En tercer lugar, "encontramos también la Ley que regula el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, decretada para regir cada ejercicio fiscal que se trate" <sup>24</sup> . Existen según las Instituciones de que se trate, dos manuales de clasificación presupuestaria, el primero que es para todas las entidades de gobierno central y el segundo que es para el Sector Municipal, en el cual como lo veremos más adelante, se detalla uno por uno, los distintos rubros, partidas o renglones presupuestarios que integran el presupuesto, tanto de ingresos como de egresos y el cual sirve de base para las respectivas ejecuciones presupuestarias.

Conforme mandato constitucional, la fiscalización de la comprobación de cada ejecución presupuestaria la realiza la Contraloría General de Cuentas, quien conforme los artículos 232 y 341 tiene la facultad de fiscalizar el buen uso de los presupuestos así como la rendición de cuentas respectiva, es decir, somete a consideración del Congreso de la República la aprobación o improbación del presupuesto anual.

---

<sup>23</sup> Decreto 101-97 del Congreso de la República, **Ley Orgánica del Presupuesto** y su reglamento contenido en Acuerdo Gubernativo 240-98 del 28 de abril de 1998.

<sup>24</sup> Actualmente es el **Decreto No. 66-2001** del Congreso de la República, el que regula el presupuesto de ingresos y egresos que rige el ejercicio fiscal 2002.

### 3.2 Origen, evolución y definición de presupuesto.



“Genéricamente hablando podría decirse que los presupuestos son tan antiguos como el hombre mismo, porque en alguna forma el ser humano siempre ha estado tratando de anticiparse al futuro, previendo que es lo que puede ocurrir y como va a enfrentarse a las situaciones; es sabido que en cierta forma, el ser humano formulaba especulaciones acerca de como cazar, pescar, sembrar, etc., con que recursos y en que áreas hacerlo”<sup>25</sup>.

Indudablemente existe una gran diferencia entre la forma como el hombre hacía sus proyecciones en el pasado y como las realiza ahora; en la actualidad los presupuestos nacen como la necesidad de prever y controlar las actividades de una entidad; como un proceso lógico y normal del desarrollo económico en general y de las instituciones en particular, como algo congruente con la época o, simple y sencillamente, como un avance tecnológico más de los muchos que en la actualidad se han desarrollado.

Oficial e informalmente los presupuestos nacieron en Inglaterra en el Siglo XVI; dos siglos después obtuvieron más formalidad cuando un Canciller Ejecutivo tenía que suministrarle al Parlamento un reporte anual que incluía lo siguiente: a) un estado de gastos del año anterior; b) una estimación de las erogaciones para el período siguiente; c) un detalle de los impuestos con que se cubrirían los gastos sugeridos; y d) recomendaciones para su aplicación. En 1820 el sistema presupuestario fue adoptado en Francia, posteriormente en otros países europeos y, en 1921 por el Gobierno de los Estados Unidos de América, con algunas variantes en relación al sistema inglés. Podría considerarse que la madurez y el paso definitivo en la evolución de los presupuestos se logran con la publicación del libro Mckinsey, intitulado Control

---

<sup>25</sup> Paniagua Bravo, Victor M.. **Sistema de Control Presupuestario**, págs. 11 a 17.



Presupuestal (Budgetary Control). En México el uso de los presupuesto data de los años 1945. “En Guatemala, el presupuesto por programas fue introducido en el año 1964”<sup>26</sup>. Uno de los resultados de su utilización ha sido el haber formado una conciencia de racionalización del gasto público. En 1973 el Instituto de Fomento Municipal, inició la introducción gradual de algunas modificaciones relativas a la elaboración y presentación del presupuesto municipal, con el propósito de armonizarlo con los de todas las instituciones del Sector Público. Luego en 1976 el citado Instituto realizó la conversión de todos los presupuestos municipales a la forma de presentación programática. En la actualidad, puede considerarse como una temeridad tratar de administrar una entidad sin la ayuda del sistema de control presupuestario y los presupuestos.

Existen muchas definiciones sobre presupuesto, a saber “La estimación programada, de manera sistemática, de las condiciones de operación y de los resultados a obtener por un organismo en período determinado. Método sistemático y formalizado para lograr las responsabilidades directivas de planificación, coordinación y control”.<sup>27</sup>

### 3.3 Características y requisitos del control presupuestario.

a) Por su naturaleza debe considerarse como una técnica, porque enfoca sus métodos y procedimientos a la obtención de lo utilitario, a diferencia de la ciencia que pretende la certeza o la verdad; desde el punto de vista de sus bases y los recursos que utiliza, debe considerarse como un sistema.

---

<sup>26</sup> **Manual de Clasificación Presupuestaria Municipal.** Instituto de Fomento Municipal -INFOM. 2000. Pagina 2.



- b) sus objetivos deben estar claramente definidos.
- c) debe constituir un medio de coordinación, medición y control de las transacciones de la entidad y su eficiencia.
- d) debe establecerse en forma integral como un todo armónico y referirse estrictamente al conjunto de presupuestos que contribuyan al logro de los objetivos de la entidad; y
- e) para que pueda decirse que es adecuado debe ser costeable.

### **3.4 Características y requisitos de los presupuestos.**

- a) Como algo inherente a su naturaleza deben ser flexibles, dado que están basados en estimación de acontecimientos futuros de realización pronosticable pero incierta y, sujetos a condiciones tales como variaciones en volúmenes, cambios de métodos operativos, de políticas internas y externas, etc., además de que la flexibilidad constituye un requisito de conveniencia y una gran ventaja a la vez, en oposición a la inflexibilidad que podría representar una barrera infranqueable para el adecuado desarrollo de la entidad.
- b) sus bases deben ser fehacientes, las cifras presupuestadas deben fundamentarse en estudios, investigaciones y conclusiones lógicas y, las metas fijadas deben ser alcanzables.

c) deben ser específicos, concretos y objetivos.

d) su periodicidad debe ser uniforme, y

e) en forma genérica, constituyen uno de los mejores recursos de control para de las entidades, sabiéndolos utilizar.

### **3.5 Clasificación de los presupuestos.**

Los autores mexicanos y colombianos Jorge E. Burbano Ruiz y Alberto Ortíz Gómez y Victor M. Paniagua Bravo clasifican a los presupuestos, de la siguiente forma:

#### **3.5.1 En cuanto al período o plazo que se refiere.**

A corto, medio o largo plazo.

#### **3.5.2 Por su importancia.**

Principales o secundarios.





### **3.5.3 En cuanto a su origen y efectos.**

De operación o económicos y financieros.

### **3.5.4 En cuanto a su flexibilidad.**

Fijos y flexibles.

### **3.5.5 En cuanto al límite que expresan.**

Máximos, mínimos y mixtos.

### **3.5.6 En cuanto a la Unidad.**

Monetarios en unidades y numéricos gráficos.

### **3.5.7 En cuanto a la entidad.**

Sector Público-Gobierno y Sector Privado.



En Guatemala, el Decreto 66-2001 del Congreso de la República, que contiene **LA LEY DEL PRESUPUESTO GENERAL DE INGRESOS Y EGRESOS DEL ESTADO PARA EL EJERCICIO FISCAL 2002**, clasifica al presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado en dos grandes componentes, **PRESUPUESTO DE INGRESOS Y PRESUPUESTO DE EGRESOS**.

### 3.6 Sistemas presupuestarios.

De conformidad con el artículo 7 del Decreto 101-97 del Congreso de la República - Ley Orgánica del Presupuesto', "el sistema presupuestario lo constituyen el conjunto de principios, órganos, normas y procedimientos que rigen el proceso presupuestario de todos los organismos y entidades que conforman el Sector Público".

El órgano Rector del módulo presupuestario es la Dirección Técnica del Presupuesto del Ministerio de Finanzas Públicas. Juan Galí Coll, "sostiene que este sistema mantendrá relaciones funcionales con las oficinas de presupuesto de los organismos del Sector Público" <sup>28</sup> .

### 3.7 Principios presupuestarios.

El sistema presupuestario se desarrollará en las etapas de formulación, ejecución y evaluación, cumpliendo con los principios básicos de: PROGRAMACION, INTEGRIDAD, UNIVERSALIDAD, EXCLUSIVIDAD, UNIDAD, ACUSIOCIDAD,

---

<sup>28</sup> Mora Gomez, Oscar Eduardo, **La necesidad de establecer los procesos de control de la Contraloría General de Cuentas de conformidad con el sistema de administración financiera y control**, pág. 38.

CLARIDAD, ESPECIFICACION, ANUALIDAD, CONTINUIDAD, FLEXIBILIDAD, EQUILIBRIO Y PUBLICIDAD, de conformidad con lo que establece el artículo 8 del Acuerdo Gubernativo No. 240-98 del 28 de abril de 1998, que contiene el “Reglamento de la Ley Orgánica del Presupuesto”.



### 3.8 Los presupuestos municipales.

“La Unidad de análisis del presente trabajo, se circunscribe a verificar el comportamiento funcional de las municipalidades del país, quienes por mandato constitucional y delegación del Estado, administran bienes y fondos públicos, tanto de los que por medio de subvenciones y aportes, como lo veremos más adelante, les otorga el Estado, como los que comun y ordinariamente generan con sus propias actividades”<sup>29</sup>.

El presupuesto municipal, se define como: “la expresión formal de los recursos financieros destinados a la realización de actividades específicas durante un periodo determinado y se utiliza como medio de planificación y control, indicando el origen y monto aproximado de los ingresos y el destino de los mismos, de manera que las cifras previstas sirvan de base para normar el desempeño futuro”.

“El presupuesto tiene una estructura programática a fin de que sirva como instrumento en la ejecución de los planes de desarrollo, el cual es considerado como un conjunto armónico de programas y proyectos a realizar. El presupuesto contiene los ingresos corrientes y de capital que se estima percibir en el ejercicio fiscal y el límite

---

<sup>29</sup> Artículos 253 al 262 de la **Constitución Política de la República** y el Decreto 12-2002 del Congreso de la República, que contiene el **Código Municipal**.

máximo de los gastos que podrán efectuar los organismos del Estado y las entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas en el mismo ejercicio”<sup>30</sup>.



El presupuesto municipal, al igual que el general del Estado se clasifica en dos grandes componentes:

El primero se refiere al **PRESUPUESTO DE INGRESOS** en el cual se contempla todos aquellos fondos que ingresan a las arcas municipales, los cuales en algunos casos como lo veremos, tiene un fin específico, o sea que su utilización en otras necesidades, conlleva consigo la consumación del delito de malversación. Me permito a continuación en forma condensada presentar algunos de los fondos que ingresan a las arcas municipales: Situado Constitucional, Impuesto para el Desarrollo y la Paz - IVAPAZ-, Impuesto de Circulación de Vehículos, Impuesto Único Sobre Inmuebles, Impuesto de Petróleo, ingresos por rentas, contribuciones voluntarias y por mejoras, arbitrios, tasas, multas, retenciones por concepto de cuota patronal del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Plan de Prestaciones del Empleado Municipal, Fianzas del Crédito Hipotecario Nacional, Impuesto sobre la Renta, Impuesto al Valor Agregado, etc, debiéndose tomar en cuenta que la mayoría de estos fondos tiene una finalidad específica, claramente determinada por la ley o el reglamento y es en donde la mayor de las veces se consuma el delito en estudio; y

El segundo **EL PRESUPUESTO DE EGRESOS**, en donde se detallan en forma programática los diferentes rubros o renglones presupuestarios, de los diversos gastos o ejecución del presupuesto, conforme las necesidades municipales, velando porque se cumplan las metas y objetivos trazados en el presupuesto, para lograr el bienestar general de la población. “Su ejecución presupuestaria, como toda Institución

<sup>30</sup> **Manual de Clasificación Presupuestaria Municipal, Ob. Cit; pág. 12.**

autònoma y del Estado, está sujeta a fiscalización por la Contraloría General de Cuentas y debe cumplir determinados requisitos”<sup>31</sup>.



### 3.9 La pena en el delito de malversación.

“Doctrinariamente la pena es la consecuencia jurídica que se deriva de la realización de un delito, esto es, de una acción típica, antijurídica, culpable y punible, impuesta tras un debido proceso por los òrganos jurisdiccionales. La pena importa dolor y usualmente consiste en la privación de un derecho fundamental”<sup>32</sup>. La pena es la más grave de las sanciones establecidas dentro del ordenamiento jurídico.

La distinción de la pena con respecto a otras sanciones semejantes del ordenamiento jurídico estriba en que tiene como presupuesto necesario la comisión de un delito y que debe ser impuesta por jueces independientes en un juicio conforme las reglas del derecho procesal penal. La pena se distingue además por su absoluta independencia: pues, puede ser impuesta junto con otras sanciones. Esta simultaneidad no constituye una infracción del principio ne bis in idem.

---

<sup>31</sup> El artículo 232 de la **Constitución Política de la República de Guatemala** establece que: “ La Contraloría General de Cuentas es una Institución técnica, descentralizada, con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autonomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas. También están sujetos a fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier otra persona que, por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos. En concordancia con dicha norma constitucional está el contenido del artículo 1o. de la Nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, contenida en el Decreto 31-2002 del Congreso de la República.

<sup>32</sup> Rodríguez Barillas, Alejandro. **Manual de derecho penal guatemalteco**, págs. 517 a 518.

Finalmente es importante resaltar que la pena, a diferencia de otras sanciones contempladas por el ordenamiento jurídico, afecta a los bienes más importantes de un individuo: su vida, su libertad y su patrimonio.



La pena es un mal que genera un alto coste social debido a los efectos estigmatizantes y deteriorantes que provoca sobre la persona que la padece. Estos efectos tan negativos no pueden ser soslayados por el legislador al momento de establecer una pena, puesto que el autor del delito no deja de ser sujeto de protección del Estado. De ello surge la necesidad de preservar al máximo la intangibilidad de otros derechos que le corresponden al condenado a lo largo del período de ejecución penitenciaria.

La pena por ello debe ser una manifestación del principio de intervención mínima y los tipos de penas deben estar orientados a la satisfacción de fines sociales, pero, sin instrumentalizar al individuo en beneficio de la sociedad.

Todos los tipos penales, según la gravedad del delito, el modo y la forma de cometerlos, así como de ciertas circunstancias o particularidades, tanto personales del que los comete, en el caso de los delincuentes reincidentes o habituales, o los medios para cometerlo, tomando en cuenta esos elementos, así se gradúan las penas.

En la doctrina según la modalidad de tipificación del delito, de malversación como ya se vió, las penas devienen desde la prisión, el arresto, la multa, la suspensión e inhabilitación del ejercicio de los cargos públicos.

Nuestra legislación, según el artículo 447 del Código Penal, la pena es de una multa que debe medirse entre mil a cinco mil quetzales, monto que se incrementó en el año

1996, en virtud de que según el artículo 6 del Decreto 2-96 del Congreso de la República, establece que todas las penas de multa establecidas en el Código Penal se incrementarán, en su mínimo y en su máximo, cinco veces su valor. Y, en el caso, de que se cree un perjuicio o entorpecimiento al servicio que se presta, debe aumentarse el doble.



“La pena de multa, no es la única sanción que se le impone al funcionario que es condenado por este delito, existe una pena anticipada cuando se le trata de despojar de su inmunidad a través de las diligencias de antejuicio, así como la pena contenida en el artículo 9 numeral 5) de La Ley de Probidad y Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados Públicos, consistente en el impedimento legal para ejercer un cargo público, debiéndose entender tanto de elección popular como por nombramiento o selección” <sup>33</sup>.

### 3.10 Eximentes de responsabilidad penal en el delito de malversación.

El título III, capítulos I, II y III del Código Penal, específicamente los artículos 23, 24 y 25, regulan lo que en nuestra legislación se denominan **causas que eximen de responsabilidad penal**, siendo estas en su orden **las causas de inimputabilidad, causas de justificación y las causas de inculpabilidad y el estado de necesidad**.

“Estas eximentes de responsabilidad penal, llamados **elementos negativos del delito**, en la doctrina, su efecto es que tienden a destruir la configuración técnica jurídica del mismo, y como consecuencia tienden a eliminar la responsabilidad penal

<sup>33</sup> Decreto 8-97 del Congreso de la República. **Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos.**

de sujeto activo”<sup>34</sup>. Al respecto me refiero al legítimo ejercicio de un derecho como una causa de inimputabilidad, a la obediencia debida, como una causa de inculpabilidad, y el estado de necesidad como una causa de justificación, independientemente, que cuando se den los elementos consumativos del delito de malversación, pueda hacerse un análisis, valoración y aplicación al caso concreto.



### 3.10.1 Legítimo ejercicio de un derecho.

Regulado en el artículo 24 numeral 3, del Código Penal, el cual establece: “quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce o de la ayuda que preste a la justicia”.

En noviembre del año 1999, nuestro país sufrió una verdadera catástrofe con los efectos que causó el “Huracán Mitch”, en donde todas las personas, Instituciones y el Estado, debieron obligadamente hacer uso de los recursos con los que contaban en esos momentos, para paliar la grave crisis y necesidad del momento. Muchos de estos recursos utilizados tenían una finalidad específica y se utilizaron en las necesidades latentes. El Gobierno en base a la Constitución Política de la República y la Ley del Orden Público, decretó estado de calamidad pública, y autorizó a sus dependencias e instituciones, incluyendo a las municipalidades, a utilizar sus recursos, para poder salir de la crisis sobrevenida.

---

<sup>34</sup> De Mata Vela, **Ob. Cit;** pág. 173.

Con este ejemplo, se puede determinar que, las municipalidades, en el año 1999, con tal acontecimiento, utilizaron fondos con destinos específicos, en otras necesidades, sin consecuencia, para ser perseguidos penalmente por el delito de malversación, pues conforme la disposición legal mencionada, los eximía de tal responsabilidad, sin que esto fuera, por supuesto un cheque en blanco que pudieran utilizar para conseguir fines puramente personales y en muchos casos hasta electorales.



### 3.10.2 Obediencia debida.

El artículo 25 numeral 4, del Código Penal, regula como causa de inculpabilidad, la obediencia debida, de la siguiente forma: “Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado”.

La obediencia debida se considera debida, cuando reúne las siguientes condiciones:

- A) Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto.
- B) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales.
- C) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.

Lo anterior, lo podemos ejemplificar, en el caso de las municipalidades, cuando los tesoreros municipales o la persona obligada a efectuar pagos, inclusive el alcalde municipal, recibe ordenes superiores, recordemos que legalmente, la máxima autoridad municipal es el Concejo Municipal, de efectuar determinados pagos, aún cuando no se tenga disponibilidad en ese renglón presupuestario, es decir, se está haciendo uso de

fondos que tienen fin específico, en otro distinto, lo cual conlleva la comisión del delito de malversación. Esta persona para estar exento de responsabilidad penal, debe obligadamente oponerse por escrito a tal medida, de lo contrario, será partícipe de la comisión delictiva.



Se hace imprescindible analizar si el Estado a través del Gobierno central, no incurre en algún grado de responsabilidad y de que tipo, cuando por “**mandato constitucional y legal**”<sup>35</sup>, está obligado a trasladar en forma bimestral, a las municipalidades del país los aportes correspondientes del Situado Constitucional, Iva-Paz, etc., o si con tal omisión, contribuye y obliga a estas instituciones, en primer término a endeudarse con el Instituto de Fomento Municipal y por último a tomar “prestado”, bajo el concepto que estos manejan, de ciertos fondos que tienen en el presupuesto una finalidad asignada, y que cuando el Gobierno, se ponga al día en sus aportes, se realizará la “devolución o regularización de saldos” por tales préstamos.

Con ello se puede precisar, que el Gobierno en la mayoría de casos, contribuye a que las municipalidades malversen fondos. También en muchos de estos casos, debo decirlo, se debe a desórdenes puramente administrativos de las personas que se encargan del manejo de estos fondos. Al efecto y a manera de generar discusión le dejo al lector las siguientes interrogantes. ¿Será lo anterior, una causa para eximir de responsabilidad penal a los infractores de la norma, será únicamente atenuante de la responsabilidad penal o se le puede imputar al Estado alguna responsabilidad por tal omisión?.

<sup>35</sup> Artículo 257 de la **Constitución Política de la República**; **Ley de los Concejos de Desarrollo Urbano y Rural** –Decreto 11-2002 del Congreso de la República y artículo 10 de la **Ley del Impuesto al Valor Agregado IVA**, contenida en el Decreto 27-92 del Congreso de la República.

### 3.10.3 El estado de necesidad.



El artículo 24 numeral 2o., del Código Penal, establece que: “quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho, sea en proporción al peligro.

Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes:

- a) Realidad del mal que se trate de evitar;
- b) Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo;
- c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo...”.





#### **4. Procedimiento específico para el juzgamiento del delito de malversación de fondos públicos.**

##### **4.1. Acción de denunciar este delito.**

Previamente a estudiar el procedimiento por medio del cual se juzga a las personas, que cometen el delito de malversación, se hace necesario, conocer quienes legalmente tienen la potestad de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional, el cometimiento de estos hechos.

El delito de malversación por su naturaleza, es de acción pública. En Guatemala, existen varias Instituciones, que ya sea por mandato legal o por la llamada auditoría social, constantemente vigilan el buen o mal obrar de los funcionarios o empleados públicos, por lo que para el efecto podemos analizar cada una de ellas.

##### **4.1.1 Contraloría General de Cuentas.**

Por mandato constitucional, es la máxima entidad que fiscaliza el buen uso y manejo de la hacienda pública, incluyendo a las entidades autónomas, entre ellas las Municipalidades. Esta Institución a través de los diferentes sistemas o procedimientos de fiscalización, al comprobar a través de sus auditores, que existen indicios de que se cometió un hecho delictivo, deben estos obligadamente, conforme los artículos 298

numeral 1 del Código Procesal Penal y 30 del Decreto 31-2002 del Congreso de la República, que contiene la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, hacer la denuncia correspondiente, so pena de incurrir por tal omisión, en el delito de omisión de denuncia, tipificado en el artículo 457 del Código Penal.



#### **4.1.2 Ministerio Público.**

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

El Ministerio Público, por mandato legal, promueve la persecución penal obligatoria en cuanto tenga conocimiento de un hecho delictivo, por cualquier acto introductorio. También tiene la obligación legal de iniciar la persecución, entre otros casos, cuando tenga noticias por los medios de comunicación social, o en aquellos delitos que son cometidos dentro de un debate, cuando se da una detención ilegal, inclusive un falso testimonio.

#### **4.1.3 Los medios de comunicación social (el denominado cuarto poder).**

Nadie escapa del conocimiento, el papel fundamental que han jugado los medios de comunicación social, para dar a conocer investigaciones efectuadas en donde funcionarios y personas particulares han cometido hechos que son considerados

delitos. Esto ocurre, muchas veces en virtud que personas que no quieren ser perseguidas o sufrir acosos por presentar denuncia de un hecho que les conste, toda vez que consideran que en nuestro medio no se dan las condiciones de protección adecuadas, acuden a los medios de comunicación social, lugar donde realizan la misma; es entonces que éstos, mediante actos de confidencialidad, inician la investigación correspondiente y cuando ya tienen las conclusiones del caso, lo hacen público, para que los órganos competentes, inician la persecución penal de mérito. Muchos de los casos que hoy se discuten en los tribunales de justicia, se debe precisamente a trabajos bien fundamentados de los medios de comunicación social, que de no haber sido publicados por los medios de comunicación social, los mismos estarían en la oscura impunidad.



#### **4.1.4 Cualquier persona (participación ciudadana).**

Conforme el artículo 297 del Código Procesal Penal, la denuncia como acto introductorio, la puede realizar cualquier persona, ya sea por escrito o en forma oral, ante los órganos competentes, cuando tenga conocimiento acerca de la comisión de un delito de acción pública. La única obligación al respecto, es que la persona debe ser identificada.

Actualmente, existen grupos de la sociedad civil organizados, que constantemente ejercen lo que han dado en llamar **auditoria social**, manteniéndose alertas y vigilantes de las actuaciones que realizan los funcionarios públicos y que a través de ellos, se ha logrado en buena parte saber de acciones que riñen con la ley y que por tales motivos son perseguidos penalmente y por otro lado, han transparentado la actuación de estos funcionarios.



## **4.2 Orgános que conocen la denuncia por malversación de fondos.**

### **4.2.1 Fiscalía contra la corrupción del Ministerio Público.**

“La Fiscalía de Delitos Contra la Corrupción, pertenece al Ministerio Público y fue creada el 28 de diciembre del año 1999”<sup>36</sup> y es a través de ésta, que se persigue e inicia la investigación penal de todas aquellas denuncias y querellas presentadas por haberse cometido delitos por empleados o funcionarios publicos en el ejercicio de sus cargos, en cuanto a corrupción se refiere.

La Contraloría General de Cuentas, firmó conjuntamente con el Jefe del Ministerio Público y Fiscal General, un Acuerdo que establece que todas aquellas denuncias que conlleven actos de corrupción, deben necesariamente ser presentadas y diligenciadas ante dicha fiscalia por ser su especialidad.

### **4.2.2 Los juzgados de paz.**

Actualmente la Contraloría General de Cuentas, cuando sus Auditores Gubernamentales determinan que los funcionarios o empleados públicos han incurrido en el delito de malversación de fondos, deben obligadamente presentar sus denuncias directamente, ante los juzgados de paz jurisdiccionales respectivos y ya no ante la Oficina de Atención Permanente del Ministerio Público.

---

<sup>36</sup> Acuerdo de Creación de la Fiscalía de Delitos Contra la Corrupción, de fecha 28 de diciembre de 1999.

Medida que consideramos acertada, pues al presentarla a la Fiscalía contra la Corrupción, sólo ocasionaba atrasos en la investigación, pues ésta última, se declaraba incompetente y trasladaba posteriormente la denuncia al juez de paz correspondiente, ocasionando con ello retraso en la administración de justicia.



### 4.3 La Inmunidad: El derecho de antejuicio.

#### 4.3.1 “El antejuicio es una autorización necesaria para perseguir penalmente a las personas que gozan de dicho derecho”<sup>37</sup>.

“El derecho de antejuicio está regulado por la Constitución Política de la República de Guatemala y las leyes de la República a ciertas personas, en función del cargo que ocupan o por aspirar electoralmente a los mismos”<sup>38</sup>. El antejuicio es una garantía para que las personas que ejercen ciertos cargos públicos de especial relevancia, puedan desempeñar adecuadamente su trabajo, sin ser molestadas o desprestigiadas por denuncias o querellas sin fundamento. En el caso de los candidatos a cargos de elección popular, se busca asegurar la libre elección y evitar el uso del proceso penal como arma electoral.

<sup>37</sup> **Manual del Fiscal**. Ministerio Público, pág. 117.

<sup>38</sup> De conformidad con la **Constitución Política de la República**, gozan de derecho de antejuicio los Diputados al Congreso de la República (art. 161), Magistrados y Jueces (art. 206), Alcaldes (art. 258), Magistrados de la Corte de Constitucionalidad (art. 270), Procurador de los Derechos Humanos (art. 273), Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente (art. 279), Presidente y Vicepresidente de la República (art. 165 inc h), Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, Ministros y Viceministros (art. 165 inc H) Secretario General de la Presidencia (art. 165 inc h), Procurador General de la Nación (art. 165 inc h), Fiscal General de la Nación (art. 165 inc h), Contralor General de Cuentas... Respecto al Antejuicio la Ley de Probidad y de Responsabilidades de funcionarios y empleados públicos, Decreto 8-97 del Congreso de la República y la Ley del Organismo Judicial, regulan los procedimientos para determinar si ha lugar a causa o no, el sometimiento del funcionario público a proceso penal.



En cada caso, la ley o la constitución determinan cual es el órgano competente para resolver el antejuicio y decidir sobre la procedencia de la persecución penal. Las personas que gozan de éste derecho no pueden ser detenidas, o perseguidas penalmente, salvo supuestos de flagrancia. En esos casos deben ser puestas a disposición de la autoridad judicial quien, si procede, solicitará el antejuicio correspondiente. El derecho al antejuicio cesa en el momento en el que la persona deje de ocupar el cargo o ser candidato.

El artículo 293 del Código Procesal Penal, señala que cuando aparezcan indicios que una persona con derecho a antejuicio pueda ser imputada por la comisión de algún hecho delictivo, el juez contralor o el tribunal solicitarán el antejuicio, de oficio o a petición del Ministerio Público, al órgano competente para su resolución. Dicha solicitud incluirá un informe de las razones que justifican el pedido así como las actuaciones originales en que se base.

Contra el titular, de este derecho, no se podrán realizar actos que impliquen persecución penal, salvo las indispensables para fundar la solicitud y los que estén en peligro de perderse (por ejemplo, realizar una autopsia o reconocer unos documentos). Finalizados estos actos, se archivará conforme el artículo 310 (desestimación). En el caso de que el órgano competente autorice la persecución penal, el proceso continuará. Si no se da la autorización, el proceso permanecerá archivado hasta el momento en el cual la persona deje de gozar de este derecho.

El archivo del proceso para el imputado con derecho a antejuicio, no interrumpe la persecución en contra de los coimputados sin ese privilegio.

Cuando la persona imputada sea un diplomático extranjero o persona con similitudes prerrogativas y la autorización para proceder dependa de la conformidad de otro gobierno u organismo, se seguirá también lo dispuesto en el artículo 293 del Código Procesal Penal.



#### **4.4 El procedimiento por medio del cual se juzga el delito de malversación de fondos públicos (El juicio por faltas):**

Legalmente los Jueces de Paz, conforme el artículo 44, literal a) del Código Procesal Penal, tienen la atribución de juzgar las faltas. Y como el procedimiento a seguir por la naturaleza del delito y la pena que se impone o sea la pena de multa, es a través del juicio por faltas.

Al tenor de tal disposición, y en concordancia con la misma, los artículos 488 al 491 del mismo cuerpo legal establecen el procedimiento para juzgar este delito. El artículo 488 establece: **procedimiento:** Para juzgar las faltas, los delitos contra la seguridad del tránsito y todos aquellos cuya sanción sea de multa, el juez de paz oírá al ofendido o a la autoridad que hace la denuncia e inmediatamente al imputado. Si este se reconoce culpable y no se estiman necesarias diligencias ulteriores, el juez en el mismo acto pronunciará la sentencia correspondiente aplicando la pena, si es el caso, y ordenará el comiso o la restitución de la cosa secuestrada, si fuere procedente.

El artículo 489, establece: **Juicio Oral.** Cuando el imputado no reconzca su culpabilidad o sean necesarias otras diligencias, el juez convocará inmediatamente a juicio oral y público al imputado, al ofendido, a la autoridad denunciante y recibirá las

pruebas pertinentes. En la audiencia oír brevemente a los comparecientes y dictará de inmediato la resolución respectiva dentro del acta, absolviendo o condenando.



El artículo 490, establece: **Prórroga de la audiencia.** El juez podrá prorrogar la audiencia por un término no mayor de tres días, de oficio o a petición de parte, para preparar la prueba, disponiendo la libertad simple o caucionada del imputado.

El artículo 491, establece: **Recursos.** Contra las sentencias dictadas en esta clase de juicios procederá el recurso de apelación, del que conocerá el juzgado de primera instancia competente que resolverá dentro del plazo de tres días y con certificación de lo resuelto devolverá las actuaciones inmediatamente. La apelación se interpondrá verbalmente o por escrito con expresión de agravios, dentro del término de dos días de notificada la sentencia.



## **5. Principios penales que tienen relación con el delito de malversación de fondos públicos.**

### **5.1 Principio de intervención mínima (última ratio del derecho penal).**

No se puede ignorar que el principio de intervención mínima está basado en último término en el reconocimiento de un cierto déficit de legitimación del Derecho Penal, que se originaría en la interacción entre la gravedad de las sanciones susceptibles de imponerse a los ciudadanos a través de este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida.

En su virtud surgen dos subprincipios:

#### **5.1.1 El carácter fragmentario.**

“El Derecho Penal, permite utilizar a éste exclusivamente para la salvaguarda de los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social, y aun entonces sólo frente a los ataques más intolerables a tales presupuestos imprescindibles”<sup>39</sup> .

---

<sup>39</sup> Díez Ripollés, José Luis, **Manual de Derecho Penal Guatemalteco**. págs. 10 a 11.



### **5.1.2 El de Subsidiariedad.**

Que entiende el Derecho Penal como el último recurso frente a la desorganización social, una vez que el Estado ha agotado todas las posibilidades que le ofrecían, tanto medidas de política social en general, como otros subsistemas de control social no jurídicos o jurídicos no penales.

Sin embargo, el principio de intervención mínima precisa de una renovación y profundización conceptuales. Por un lado resulta profundamente cuestionado de modo implícito a partir de la potenciación que está produciendo de la utilización simbólica del derecho penal. Por otra parte, se suele basar en la infundada creencia de que cuando los demás subsistemas de control social no funcionan, o lo hacen insuficientemente, es precisamente cuando funciona el subsistema penal de control: en realidad, la subsidiariedad del derecho penal opera estrictamente en un sólo sentido, esto es, debe renunciarse a la utilización de este sector jurídico si el problema se puede solucionar al margen de él, pero el mero fracaso de cualesquiera otros mecanismos sociales, de control o no, no legitima sin más el acudir al control social penal.

### **5.2 Principio de proporcionalidad de las penas.**

“El principio de proporcionalidad de las penas. Una exigencia constitucional, derivada del principio de dignidad Humana es que debe existir correlación entre el bien jurídico protegido en el delito y el jurídico que se va a privar al autor de un ilícito penal, forma de sanción o pena. Sin duda, un criterio de proporcionalidad exige que se tenga

como criterio el valor del bien jurídico protegido, así como las necesidades de eficacia penal”<sup>40</sup>.



El valor del bien jurídico protegido, da el máximo de pena que es permisible imponer, luego de realizar un juicio de ponderación entre los intereses en juego. De ahí que no sea lícito, por ejemplo, sancionar el hurto con la pena de muerte, puesto que el bien jurídico propiedad tiene un valor o una ponderación muy inferior al bien jurídico vida. La cuestión, por supuesto, es más compleja frente a otros bienes jurídicos, pero, en todo caso, el juicio de ponderación determina que nunca un bien jurídico tutelado puede ser protegido a través de la privación de un bien jurídico de mayor entidad o jerarquía del autor.

Las necesidades de la eficacia penal, por otra parte, nunca pueden servir para agravar el tipo de pena, pero sí para disminuirla. En la medida en que una pena, por ejemplo, de cinco años, posea el suficiente poder disuasivo para reducir sustancialmente el número de homicidios, podemos llegar a la conclusión que esta podría ser la pena adecuada del delito. Toda pena que sobrepasara las necesidades de la eficacia penal, sería excesiva, y por lo tanto, vejatoria y violatoria al artículo 5o. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que prohíbe las penas crueles, inhumanas y degradantes.

En conclusión, de conformidad con el principio de proporcionalidad una ley que restrinja derechos fundamentales debe ser adecuada para lograr la finalidad pretendida; esta finalidad únicamente puede ser la protección de un bien jurídico.

---

<sup>40</sup> **Ibid**, págs. 538 a 539.

Además debe ser necesaria, en el sentido en que el legislador no debe tener otro medio igualmente efectivo para lograr la meta fijada.



Sobre este punto el Tribunal Constitucional Alemán, ha señalado que “en el area de imposición de penas por parte del Estado, del principio de culpabilidad -basado en el artículo 1o. de la Ley del Estado de Derecho y de las garantías de libertad-, se deduce que la gravedad de un hecho punible y la culpabilidad del autor deben estar en proporción justa en cuanto a la pena. Una amenaza de pena no debe ser desmesurada en relación con el tipo y gravedad de la conducta que se desea castigar. La situación de hecho y las consecuencias jurídicas deben adecuarse objetivamente. (a esto se le denomina también principio de prohibición de exceso)” <sup>41</sup> .

El Tribunal Constitucional Alemán afirma que “tomando en cuenta la prohibición de exceso, este examen puede tener por consecuencia que un medio de tutela de un bien jurídico que de por sí sería inadecuado y necesario, no pueda ser utilizado, porque el menoscabo que su aplicación representaría en las garantías individuales de la persona afectada claramente superan la ventaja que su aplicación representaría para la tutela de un bien jurídico, lo que convierte la aplicación de la medida tutelar en desmesurada. Con el objeto de determinar si existe una violación de la proporcionalidad -lo que le denomina principio de exceso-, se debe realizar un examen para establecer si el medio de tutela de un bien jurídico es adecuado y necesario o por el contrario representaría una violación a garantías individuales por ser desmesurada por una tutela adecuada del bien jurídico. Y afirma que en todos aquellos casos en los delitos de bagatela o de escasa significación legal la pena puede llegar a ser desmesurada.

---

<sup>41</sup> La Garantía del Estado de Derecho a que alude el Tribunal Constitucional Alemán, está contemplado en nuestra **Constitución Política de la República**, en el artículo 140, que establece que: “Guatemala, es un Estado....Organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de

Existen sentencias basadas en similares principios dictadas por la Corte Suprema de Canadá y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ellas se hace énfasis que una restricción a un derecho fundamental (pena) es contraria al principio de proporcionalidad cuando no sea idónea o necesaria, entendiendo por necesaria el carácter de subsidiariedad y **última ratio del derecho penal**.



### 5.3 Impedimento para ejercer cargos públicos.

Conforme el artículo 9, numeral 5o) del Decreto 8-97 del Congreso de la República, que contiene la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, no podrán desempeñar cargo o empleo público aunque reunan las calidades requeridas por la ley,....5.- los que hubieren sido condenados por malversación de caudales públicos, defraudación, contrabando, falsedad, falsificación, robo, hurto, estafa, prevaricato, cohecho, alzamiento, exacciones ilegales o violación de secretos.

Este artículo no sólo es discriminatorio, violatorio e ilegal, sino atenta contra el principio de igualdad regulado en 4 de la Constitución Política de la República, en virtud de que, no toma en cuenta la naturaleza del delito de malversación, sus características y elementos, no entra a considerar que el mismo no es de impacto social y que el mismo no tiene graves consecuencias, sino mas bien cometerlo es antiético e inmoral y muchas veces el mismo Estado, como en el caso de las municipalidades, contribuye como ya quedó apuntado, a consumarlo, cuando no les entrega puntualmente los aportes a que está obligado.

Al revisar la legislación penal, he establecido que existen otros delitos mucho más graves y que se pueden considerar de grave impacto social, como el peculado, en



donde además de la pena de multa a la persona se le impone la pena de prisión y la persona que lo comete no se le inhabilita para ejercer cargos o empleos públicos, a pesar de que en estos casos se sustrae o se consiente que se sustraiga dinero o efectos públicos; y, en la malversación lo único que sucede es darle a estos caudales una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Por tales motivos me parece ilegal, discriminatorio y violatorio de los derechos de la persona humana, la consideración el citado artículo y además por tales motivos el delito de malversación, debe ser despenalizado.

#### **5.4 Estigma social.**

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

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

---

funcionarios públicos a la ley”.

no malversado, grandes cantidades de dinero que es del pueblo, y la población por desconocimiento de como opera la malversación de fondos, lo cree y ve con recelo, antipatía a las autoridades y considera que estas los han defraudado, solicitan cabildos abiertos para discutir los asuntos y terminan pidiendo la renuncia de sus autoridades.



## 5.5 Análisis crítico y propuesta.

Teniendo en cuenta cada una de las situaciones analizadas en cada uno de los capítulos precedentes, considero que estoy en condiciones para criticar los motivos que tuvieron los legisladores guatemaltecos, en aquella época es decir en los años setentas, para tipificar el delito de malversación de fondos públicos, e incluirlo en el catálogo de delitos del Código Penal vigente. Vemos como estos postulados y motivos, ya no responden a las exigencias actuales de un derecho penal moderno y garantista, que es fundamental para establecer bases solidas de un Estado Democrático de Derecho, en donde predomine el respeto a los derechos y garantías de los seres humanos, claramente regulados en instrumentos internacionales de derechos humanos y nuestra Carta Magna y que el derecho penal como azote del Estado, sea la última alternativa para solucionar conflictos sociales.

Se ha visto en este capítulo, como con la aplicación del derecho penal, no se logra resolver el conflicto que genera la malversación, más bien, el someter al juzgamiento a las personas, estas son llevadas por diversas situaciones que violan sus garantías individuales, pues como ya quedó apuntado se violan los principios de presunción de inocencia, de defensa, además del estigma social que deben soportar toda la vida. Y afirmo que no logra resolver el conflicto, porque las municipalidades, por la iliquidez financiera a que son sometidas, las más de las veces por depender exclusivamente de estos aportes y no buscar métodos de captación de recursos que las hagan autofinanciables, constantemente consuman este delito. Se ha visto también que

muchas de las veces, en el caso de las municipalidades, los funcionarios públicos, consuman el delito de malversación, por la irresponsabilidad del Estado, de entregarle en forma puntual, los aportes de fondos que legalmente les corresponde conforme disposiciones específicas, y es después el Estado mismo, conforme el ius puniendi, quien los somete a persecución penal y en consecuencia a una sanción penal; en este caso, bien se puede alegar un estado de necesidad, como eximente de responsabilidad penal. Cabe resaltar que si bien es cierto el delito de malversación, se consuma, con el simple hecho de darle a los fondos que tienen un fin específico, determinado y debidamente programada analíticamente en el presupuesto, también lo es que con esta situación, el funcionario no se está apropiando de los fondos, y como consecuencia enriqueciéndose en forma ilícita, sino simple y sencillamente se da una mala aplicación y ejecución presupuestaria.

También es importante resaltar y analizar el hecho de que la sanción penal a imponer al infractor del tipo penal, es una multa como pena principal, regulada en los artículos 41 y 52 del Código Penal. Es una pena o sanción penal de carácter pecuniario, que afecta el patrimonio de las personas. Así como las penas de multa administrativas reguladas en la Ley de Contrataciones del Estado, por faltas o incumplimientos a la misma, La ley de Probidad y de Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, por no presentar en tiempo sus declaraciones de bienes y deudas, las multas que impone la Superintendencia de Administración Tributaria, por no cumplir en tiempo con las obligaciones tributarias, etc.; y estos incumplimientos que en muchos casos rayan con la comisión de hechos delictivos, son sancionados a través de procedimientos administrativos, y su sanción como vimos, son multas, muchas veces más onerosas que la contemplada para el delito de malversación.





Otro aspecto que considero importante analizar, es el impedimento legal para optar al ejercicio de cargos públicos, cuando las personas son encontradas culpables de malversar fondos públicos. Al revisar la norma que contiene tal situación, veo con tristeza que la misma es excluyente, ilegal, discriminatoria y sobre todo la respuesta penal es desproporcionada, por supuesto que no me aparto de la idea de que las personas que van a ejercer cargos públicos, sean de honradez y honorabilidad reconocida, probas, idóneas, con principios éticos y morales, empero, se condena a un malversador que sólo por no tener disponibilidad en esos momentos para efectuar un gasto en un rubro determinado, utiliza fondos de otro renglón presupuestario para satisfacer esa necesidad, sin que exista apropiación de dichos fondos, mientras que por otro lado, excluye al delito de peculado, en donde el funcionario, si se apropia de los fondos y la sanción que contempla es mas severa, pero a pesar de ello, este sujeto, si puede optar a cargos públicos, porque la norma no se lo prohíbe, violándose de esa forma el derecho de igualdad plasmado en el artículo 4o. de la Constitución Política de la República.

La doctrina, como se ha visto en el presente trabajo, se inclina porque este delito sea redefinido en su contexto penal y como consecuencia, se excluya como tipo penal. La Malversación no es un delito de impacto social, no persuade al funcionario, no resuelve conflicto. Propongo concretamente que se legisle sancionando con penas pecuniarias más elevadas, ya no en el ámbito penal, sino en el campo administrativo. Propuesta desjudicializadora de la doctrina que comparto y propongo a través de este trabajo. Con ella no pretendo que el funcionario o empleado público, que comete un hecho de esta naturaleza quede impune, al contrario, lo que se pretende es lograr que la respuesta a la infracción o al conflicto generado, no sea de naturaleza penal, sino de índole y naturaleza administrativa, dejando que sea el derecho administrativo el que a través de sus diversos procedimientos, en fiel cumplimiento de los principios de última ratio del derecho penal y de proporcionalidad de las penas, le imponga una sanción, siempre de carácter pecuniario.



### 5.5.1 Ventajas que implicaría la propuesta.

Con ello se lograría: a) Excluir del sistema penal una figura delictiva que como ya se dijo, no es de impacto social y de relevancia jurídica y que ya no cumple su función de prevención especial y b) evitar que el funcionario en forma antojadiza incurra en la malversación de fondos, a pesar de no existir un correctivo penal, sabrá que al cometer esta acción incurriría en un abuso de poder. En tal virtud, se debe legislar a favor de la malversación de fondos publicos, pero ya no como delito penal, debe excluirse del recetario de delitos, se debe legislar como infracción administrativa, que será sometida a procedimiento de sanción, por el órgano competente, en este caso recomendándose que sea la Contraloría General de Cuentas, por ser el máximo ente fiscalizador de los fondos del Estado y de los Municipios, inclusive darle competencia legal para que sea ella la que tramite la imposición de la multa, y además porque es esta institución precisamente, la que determina en efecto cuando, se ha incurrido en Malversación de Fondos Públicos.

## CONCLUSIONES



- 1.- El delito de Malversación de Fondos Públicos, ya no responde a las exigencias actuales de un Derecho Penal Moderno y Garantista, que sirve de fundamento para la constitución de las bases de un Estado Democrático y de Derecho.
- 2.- El Gobierno de la República, al no cumplir en tiempo la obligación constitucional de trasladar los diversos fondos específicos, que por mandato constitucional y legal está obligado a trasladar a las municipalidades del país, tiene responsabilidad y contribuye a que los funcionarios o empleados públicos cometan el delito de Malversación de Fondos Públicos.
- 3.- Los profesionales contratados a través del Renglón Presupuestario “029 Servicios Técnicos Profesionales”, que tienen a su cargo el manejo de fondos públicos, que por estar prestando sus servicios bajo reglas de un contrato civil, no son sujetos activos del delito de Malversación de Fondos Públicos.
- 4.- El impedimento legal de optar al ejercicio de cargos públicos, que obligadamente deberá soportar el funcionario o empleado público, cuando es mediante el proceso penal correspondiente, encontrado culpable del delito de malversación, viola el principio de igualdad que regula el Artículo 4o. de la Constitución Política de la República de Guatemala.



- 5.- Las diligencias de antejuicio que aún y cuando son sólo un procedimiento para comprobar si procede o no la facultad de iniciar proceso penal, estigmatiza al funcionario, toda vez que la opinión pública, lo toma como prueba de culpabilidad.
- 6.- La persecución penal, a la que se ve sometido el funcionario público, por el cometimiento del Delito de Malversación de Fondos Públicos, es una situación degradante, toda vez que en primer orden es una pena anticipada y viola el principio de presunción de inocencia de toda persona humana, regulado en el artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- 7.- El delito de Malversación de Fondos Públicos se consuma desde el momento en que los fondos con destino específico, son destinados a satisfacer otras necesidades.
- 8.- En los casos de Malversación de Fondos Públicos, se observa que, las personas juzgadas por este delito, así como sus propios Abogados Defensores, no provocan discusión alguna referente a la aplicación de Eximentes de Responsabilidad, lo cual ocurre o es provocada en muchas ocasiones, por exigencias y necesidad del servicio, ordenes superiores o por atraso del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones.
- 9.- La Contraloría General de Cuentas, quien por Mandato constitucional tiene la facultad de Fiscalizar todos los presupuestos del Estado, incluídos los de las municipalidades y por ende es la Institución que denuncia los casos de malversación de fondos.



- 10.- Se ha observado que el Delito de Malversación de Fondos Públicos, lo cometen las personas por errores administrativos, que en muchas ocasiones son consecuencia del desconocimiento de la finalidad específica que poseen determinados fondos que manejan.
  
- 11.- Existe delito de Malversación, cuando el funcionario o empleado público da uso diferente al asignado a los vehículos oficiales, así como al equipo y mobiliario de oficina que están bajo su responsabilidad.





## RECOMENDACIONES

- 1.- La propuesta concreta y objeto de estudio del presente trabajo, es el de lograr desjudicializar el delito de Malversación de Fondos Públicos, o sea la despenalización del mismo, excluirlo del catálogo de delitos del Código Penal y que éste quede regulado en una normativa administrativa, para que sea el Derecho Administrativo, el que, a través de sus diversos procedimientos, se encargue de imponer la sanción correspondiente, o sea una multa administrativa. Por lo que deberá hacerse llegar la propuesta concreta al Congreso de la República, para que en uso de su poder legislativo, emita la reforma correspondiente al Código Penal, respecto al delito de Malversación de Fondos Públicos y además, emita la disposición legal y el procedimiento por el cual se sancionará el mismo, a través de una multa de carácter pecuniario y que sea la Contraloría General de Cuentas, la Institución que imponga la misma.
  
- 2.- Exigir al Gobierno de la República, el fiel cumplimiento del mandato constitucional y legal, por medio del cual éste, está obligado a trasladar en forma bimestral, los aportes constitucionales municipales, so pena de tener responsabilidad como coautor del delito de Malversación de Fondos Públicos, por su incumplimiento.



- 3.- Que se promueva la Reforma Legal, mediante la cual se equipare en la calidad de Funcionario o Empleado Público a los Profesionales que manejan fondos públicos, para que respondan cuando incurran en el delito de Malversación de Fondos Públicos, toda vez que lo que se objeta es la función que realiza, no el cargo.
- 4.- Se deben establecer reglas claras y equánimes cuando se legisle por la probidad, honradez y honestidad de los funcionarios y empleados públicos y se debe incluir en forma imprescindible, en el artículo 9, numeral 5 del Decreto 8-97 del Congreso de la República, la prohibición para optar a cargo o empleo público, de la persona que ha sido condenada por el delito de peculado.
- 5.- A los medios de comunicación social escritos, televisados y radiales, que transmiten programas de noticias a la población, que sean objetivos en sus mensajes, haciéndole saber al receptor de la noticia que, por el hecho mismo de las diligencias de antejuicio a que está sometido el funcionario público, no lo hace aún culpable.
- 6.- Se deben elaborar instructivos para las diferentes comunidades y divulgarlos, respecto a los diferentes temas de corrupción, entre ellos el de la Malversación de Fondos Públicos, haciendo incapie en el principio de presunción de inocencia inherente a toda persona humana, indicándole a la comunidad, que toda persona es inocente, hasta que el juez o tribunal, lo declare culpable, mediante una sentencia firme.



- 7.- Como solución, se propone que una vez la utilización de fondos, con una finalidad distinta, no cause perjuicio a los intereses municipales o a los servicios esenciales de la población, que la irregularidad cometida se pueda, regularizar, mediante las transferencias de fondos correspondientes, por el denominado reintegro. En consecuencia, tomando en cuenta que los fondos no se los apropia la persona, al darse tal situación, que el Organo Fiscalizador imponga la multa correspondiente, respetando el debido proceso y ya no presente denuncia penal por tal hecho.
- 8.- A Abogados litigantes, que cuando defiendan a personas que estén sujetos a proceso penal por el delito de Malversación de Fondos Públicos, o sean acusados, según cada caso en particular, hagan valer las causas de justificación, como eximentes de responsabilidad penal.
- 9.- Que sea la Contraloría General de Cuentas, la que además de fiscalizar el buen uso y manejo de los presupuestos nacionales y municipales, la institución que tramite e imponga las sanciones pecuniarias correspondientes, ya como sanciones administrativas y no penales.
- 10.- Que las Instituciones: Contraloría de Cuentas e Instituto de Fomento Municipal, que por la naturaleza de sus funciones tienen que ver con el quehacer municipal, promuevan, para todas aquellas personas que manejen o administren fondos públicos, por medio de instructivos el conocimiento de todas aquellas disposiciones que establecen el destino específico de los diferentes fondos o valores que manejan, con el objeto de que éstas personas los utilicen en la forma correcta, evitando así su incorrecta aplicación y por ende la Malversación de Fondos Públicos.



11.- A la Contraloría General de Cuentas y a todas aquellas instituciones de control gubernamental y municipal, así como a las máximas autoridades de las Instituciones del Estado y Municipales, que fiscalicen y velen por el buen uso y correcto destino de todos aquellos efectos públicos que tienen bajo su custodia, toda vez que estos sirven como medio para realizar las funciones, y no para satisfacción de intereses personales, debiendo en todo caso presentar las denuncias correspondientes.

67  
**BIBLIOGRAFÍA**



BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal.** Parte Especial. 2ª. ed. Aumentada, corregida y puesta al día. Ed. Ariel, S.A. Barcelona, España: 1991, 413 pàgs.

BURBANO RUIZ, Jorge E. **Presupuestos. Enfoque moderno de planeación y control de recursos.** Coautor Alberto Ortiz Gómez. 2ª. ed. Ed. Mcgraw-hill Interamericana, S.A. Santa Fè de Bogotá, Colombia: 1995. 376 pàgs.

BARRIENTOS PELLECCER, César. **Derecho procesal penal guatemalteco.** Parte Especial. 1t. 2a. ed.; ampliada y revisada. Ed. Magna Terra Editores. Guatemala, C.A: 1995. 296 pàgs.

CUELLO CALON, Eugenio. 2t.; **Derecho penal.** Parte Especial. Decima cuarta edición, revisada y puesta al día por Cèsar Camargo Hernández. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, España: 1975. 1090 pàgs.

CREUS, Carlos. **Derecho penal.** Parte Especial. 1t.; 5a. ed.; actualizada. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L. Buenos Aires, Argentina: 1995. 616 pàgs.

CARMONA DELGADO, Concepción, Juan José Gonzàlez, Lorenzo Murilla, Miguel Polaino y Guillermo Portilla Contreras. **Curso de derecho penal español.** Parte Especial II. Ed. Marcial Pons. Madrid, España: 1997. 936 pàgs.



DE MATA VELA, José Francisco. Héctor Anibal De León Velasco. **Derecho penal II**  
 Parte Especial. 9ª. ed.; Ed. Llerena, Guatemala, C.A: 1997. 825 pàgs.

DE LEON VELASCO, Héctor Anibal, José Francisco de Mata Vela. Carlos Roberto Enriquez Cojulún. Carlos Enrique Estrada Arizpe. Augusto Eleazar López Rodríguez. Luis Rodolfo Ramírez García. Alejandro Rodriguez Barillas. Autores. José Luis, Diez Ripolles, sther Jiménez-Salinas I Colomer. Coordinadores. **Manual de derecho penal guatemalteco**. Ed. Impresos Industriales, S.A. Guatemala, C.A: 2001. 712 pàgs.

FIGUEROA SARTI, Raúl. **Código Procesal Penal Concordado y Anotado con la Jurisprudencia Constitucional**. incluye Exposición de Motivos elaborada por Barrientos Pellecer. Ed. Llerena. Guatemala, C.A: 1997. 425 pàgs.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**. Parte Especial. 8a. ed.; revisada y puesta al día. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, España: 1991. 821 pàgs.

**Manual del Fiscal**. Ministerio Público de la República de Guatemala. 2a. ed.; (s.e) Febrero de 2001. 367 pàgs.

PAR USEN Usén, José Mynor. **El juicio oral en el proceso penal guatemalteco.**

1t. Ed. Vile, Guatemala, C.A: 1997. 338 pàgs.



PANIAGUA BRAVO, Victor M. **Sistema de control presupuestario.** Instituto Mexicano de Contadores Públicos. 4a. ed.; Ed. Tabachines, Distrito Federal, México: 1995. 237 pàgs.

RODRIGUEZ, José María Devesa. **Derecho penal español.** Parte Especial. 9ª. ed.; Ed. Artes Gráficas Carasa, Madrid, España: 1983. 1347 pàgs.

#### **Diccionarios:**

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Ed. Heliasta, S.R.L. 1981. 9ª. ed. 4 vol; 989 pàgs.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1981. 797 pàgs.

#### **Legislación:**

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

**Convención Interamericana Contra la Corrupción.** Suscrita y aprobada en

Sesión Plenaria celebrada el 29 de marzo de 1996, en Caracas, Venezuela.



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

**Código Penal.** Congreso de la República, Decreto número 17-73, 1986.

**Código Procesal Penal y sus Reformas.** Congreso de la República, Decreto número 51-92, 1992.

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

**Acuerdo de Creación de la Fiscalía de Sección Contra la Corrupción y su**

**Reglamento.** Acuerdo de Fiscalía número 3-99 emitido por el Fiscal General de la República el 28 de diciembre de 1999.

**Ley Orgánica del Presupuesto.** Congreso de la República, Decreto número 101-97, 1997.

**Ley del Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado del año 2002.** Congreso de

la República, Decreto número 66-2001, 2001.



**Ley del Tribunal de Cuentas.** Congreso de la República, Decreto número 1126, 1956.

**Ley del Impuesto al Valor Agregado -IVA-.** Congreso de la República, Decreto número 27-92, 1992.

**Ley del Impuesto de Circulación de Vehículos, Aéreos, Marítimos y Terrestres.**  
Congreso de la República, Decreto 70-94. 1995.

**Ley del Impuesto Unico Sobre Inmuebles.** Congreso de la República, Decreto número 15-98, 1998.

**Código Municipal.** Congreso de la República, Decreto número 12-2002, 2002.

**Ley de Probidad y de Responsabilidades de los Funcionarios Públicos.** Congreso de la República, Decreto número 8-97, 1997.

**Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural.** Congreso de la República,

Decreto número 11-2002, 2002.



**Ley del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.** Congreso de la República,

Decreto número 295, 1946.

**Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas,** Congreso de la República,

Decreto número 31-2002, 2002.

**Reglamento de la Ley de Servicio Civil.** Acuerdo Gubernativo número 18-98 de

fecha 15 de enero de 1998 del Presidente de la República.

**Ley de Contrataciones del Estado.** Congreso de la República, Decreto número 57-92, 1992.

#### **Otras fuentes:**

MORA GOMEZ, Oscar Eduardo. **La necesidad de establecer los procesos de control de la contraloría General de Cuentas de conformidad con el sistema de administración financiera y control.** Tesis de Grado Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. . Ed. Lito Impresiones Garmira. Guatemala, C.A: Octubre 1998. 87 pàgs.



RAMÍREZ GARCIA, Bairon Gualberto. **Consideraciones doctrinarias y legales de la imputación objetiva en los delitos culposos.** Tesis de Grado Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC. Ed. Mayte, Guatemala, C.A: Agosto 2001. 59 págs.