



Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Licenciatura en Ciencias Jurídicas y de la Justicia

**Proporcionalidad de la pena en el delito de malversación en
Guatemala y derecho comparado**
(Tesis de Licenciatura)

Liliana Elizabeth Girón Betancourt

Guatemala, noviembre 2023

Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Licenciatura en Ciencias Jurídicas y de la Justicia

**Proporcionalidad de la pena en el delito de malversación en
Guatemala y derecho comparado**
(Tesis de Licenciatura)

Liliana Elizabeth Girón Betancourt

Guatemala, noviembre 2023

Para los efectos legales y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1°, literal h) del Reglamento de Colegiación del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, **Liliana Elizabeth Girón Betancourt**, elaboró la presente tesis, titulada **Proporcionalidad de la pena en el delito de malversación en Guatemala y derecho comparado.**

AUTORIDADES DE UNIVERSIDAD PANAMERICANA

M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Rector

Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrectora Académica

M. A. César Augusto Custodio Cobar

Vicerrector Administrativo

EMBA. Adolfo Noguera Bosque

Secretario General

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

Guatemala, 4 de mayo de 2023

Señores Miembros
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Universidad Panamericana
Presente

Estimados Señores:

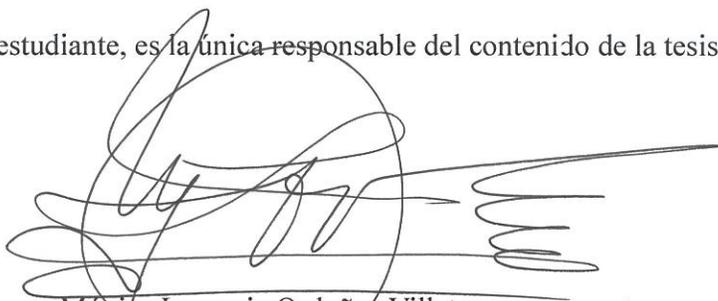
Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como asesora de la estudiante LILIANA ELIZABETH GIRÓN BETANCOURT, ID 000126283. Al respecto se manifiesta que:

- a) Brindé acompañamiento a la estudiante en referencia durante el proceso de elaboración de la tesis denominada “PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL DELITO DE MALVERSACION EN GUATEMALA Y DERECHO COMPARADO”.
- b) Durante ese proceso le fueron sugeridas correcciones que realizó conforme los lineamientos proporcionados.
- c) Habiendo leído la versión final del documento, se establece que el mismo constituye un estudio serio en torno al tema investigado, cumpliendo con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

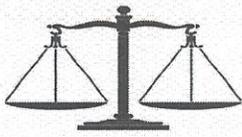
En virtud de lo anterior, por este medio emito DICTAMEN FAVORABLE para que se continúe con los trámites de rigor.

Se hace referencia que la estudiante, es la única responsable del contenido de la tesis ya indicada.

Atentamente,



Mónica Lucrecia Ordoñez Villatoro
Mónica Lucrecia Ordoñez Villatoro
Abogada y Notaria



Licenciado. César Augusto Flores Figueroa
Abogado y Notario

Guatemala, 14 de julio del 2023.

Señores Miembros
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Universidad Panamericana
Presente

Estimados señores:

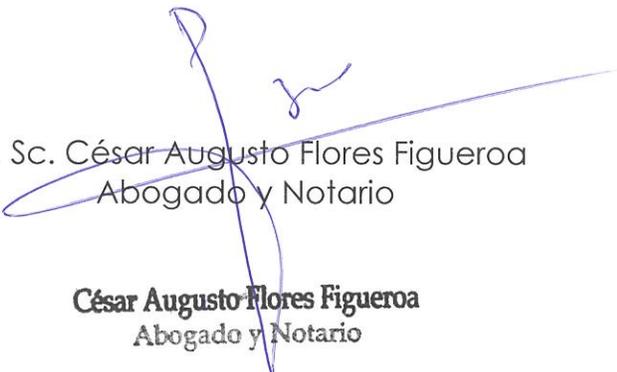
Respetuosamente me dirijo a ustedes, en referencia a mi nombramiento como **revisor metodológico** de la tesis del alumno **Liliana Elizabeth Girón Betancourt**, ID número **000126283**, titulada **Proporcionalidad de la pena en el delito de malversación en Guatemala y derecho comparado**.

Al respecto manifiesto que la versión final de la investigación fue objeto de revisión de forma y de fondo, verificando que la misma constituye un estudio serio que cumple con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se continúe con los trámites de rigor.

Se hace la aclaración que el estudiante es el único responsable del contenido de la tesis ya indicada.

Atentamente,


M. Sc. César Augusto Flores Figueroa
Abogado y Notario

César Augusto Flores Figueroa
Abogado y Notario

En el municipio de Santa Cruz del Quiché, del Quiché, el día veintiséis de octubre del año dos mil veintitrés, siendo las diecisiete horas, yo, **OSCAR ANTONIO GONZALEZ XICON**, Notario, número de colegiado treinta y cuatro mil seiscientos treinta y nueve (34639), me encuentro constituido en mi oficina profesional en la segunda avenida dos guion doce de la zona uno de Santa Cruz del Quiché, departamento de Quiché soy requerido por **LILIANA ELIZABETH GIRÓN BETANCOURT DE MUCHUCH**, de treinta y tres años de edad, casada, guatemalteca, Maestra de Educación Primaria, de este domicilio, quien se identifica con Documento Personal de Identificación (DPI) con Código Único de Identificación (CUI) dos mil quinientos treinta y uno noventa mil cuatrocientos sesenta cero cuatrocientos seis (2531 90460 0406), extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala, quien requiere mis servicios profesionales con el objeto de hacer constar a través de la presente **DECLARACIÓN JURADA** lo siguiente: **PRIMERO:** El requirente, **BAJO SOLEMNE JURAMENTO DE LEY**, y enterado por el infrascrito notario de las penas relativas al delito de perjurio, **DECLARA** ser de los datos de identificación personal consignados en la presente y que se encuentra en el libre ejercicio de sus derechos civiles. **SEGUNDO:** Continúa declarando bajo juramento el requirente: i) ser autor del trabajo de tesis titulado: **“PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN EN GUATEMALA Y DERECHO COMPARADO”**; ii) haber respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y reconocido los créditos correspondientes; y iii) aceptar la responsabilidad como autor del contenido de la presente tesis de licenciatura. No habiendo nada más que hacer constar, finalizo el presente instrumento en el mismo lugar y fecha de inicio, veinte minutos después, la cual consta en una hoja de papel bond tamaño oficio, impresa en ambos lados, que firmo



y sello, a la cual le adhiero los timbres para cubrir los impuestos correspondientes que determinan las leyes respectivas: un timbre notarial del valor de diez quetzales con serie BK y número cero quinientos catorce mil cuatrocientos veintiuno (BK-0514421) y un timbre fiscal del valor de cincuenta centavos con número de registro ocho millones novecientos veintiséis mil ochocientos setenta y nueve (8926879). Leo íntegramente lo escrito al requirente, quien, enterado de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, la acepta, ratifica y firma con el Notario que autoriza. **DOY FE DE TODO LO EXPUESTO.**

f)



ANTE MÍ:



Licenciado
Oscar Antonio González Xicón
Abogado y Notario



ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **LILIANA ELIZABETH GIRÓN BETANCOURT**
Título de la tesis: **PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN EN GUATEMALA Y DERECHO COMPARADO**

El Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y de la Justicia, así como los títulos de Abogada y Notaria, la estudiante ya mencionada, ha desarrollado el proceso de investigación y redacción de su tesis de licenciatura.

Segundo: Que tengo a la vista el dictamen favorable emitido por la tutora, Licenciada Mónica Lucrecia Ordoñez Villatoro, de fecha 4 de mayo del 2023.

Tercero: Que tengo a la vista el dictamen favorable emitido por el revisor, M.Sc. César Augusto Flores Figueroa, de fecha 14 de julio del 2023.

Cuarto: Que tengo a la vista el acta notarial autorizada en el municipio de Santa Cruz del Quiché, del Quiché, el día 26 de octubre del 2023 por el Notario Oscar Antonio Gonzalez Xicon que contiene declaración jurada de la estudiante, quien manifestó bajo juramento: *ser autor del trabajo de tesis, haber respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y reconocido los créditos correspondientes; y aceptar la responsabilidad como autor del contenido de su tesis de licenciatura.*

Por tanto,

Autoriza la impresión de la tesis elaborada por la estudiante ya identificada en el acápite del presente documento, como requisito previo a la graduación profesional.

Guatemala, 15 de noviembre de 2023

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

Nota: Para efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

Dedicatoria

A Dios

Por las inmensas bendiciones otorgadas a mi vida.

A mis padres.

Selvin Girón y Zonia Betancourt, por su inmenso amor e incondicional apoyo, por creer y confiar en mí, sé que soy la persona que soy gracias a sus enseñanzas y esfuerzos. Esto también es gracias a ustedes.

A mi esposo

Milhem Muchuch, por su amor incondicional, su comprensión y ánimo en los momentos de decaimiento, sobre todo su apoyo en esta etapa. Mis éxitos también son tuyos.

A mi Hija

Abigail Muchuch, por ser el motor que me inspira a ser mejor cada día, por ser pieza fundamental para mí, te amo hija.

A mis hermanas

Diana, Dulce, Mónica, por acompañarme en todos los aspectos de la vida, por su cariño e incondicional apoyo.

A mis suegros

Por su apoyo incondicional.

A mis amigos

Por su ayuda y apoyo.

A los licenciados

Por compartir su sabiduría.

Especialmente

A la Universidad Panamericana, la Facultad de Ciencias de la Justicia que han permitido mi desarrollo profesional y alcanzar una de las metas propuestas. Gracias por ello.

Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
Los delitos contra la Administración Pública en Guatemala	1
El delito de malversación en Costa Rica, Puerto Rico y España y la Proporcionalidad de la pena	25
Análisis comparativo de la proporcionalidad de la pena en el delito de malversación en Guatemala, Costa Rica, Puerto Rico y España	37
Conclusiones	61
Referencias	63

Resumen

En este estudio de derecho comparado se abordó el tema de la proporcionalidad de la pena en el delito de malversación en Guatemala y derecho comparado. El objetivo general fue comparar la proporcionalidad de la fijación de la pena en el delito de malversación en Guatemala, Costa Rica, Puerto Rico y España para establecer si existen semejanzas y diferencias. El primer objetivo específico consistió en examinar la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena en el delito de malversación en Guatemala. Asimismo, el segundo objetivo se refirió a analizar el principio de proporcionalidad de la pena en el delito de malversación en Costa Rica, Puerto Rico y España. Luego de analizar las legislaciones aplicables se concluyó que Guatemala aplica de manera frívola la proporcionalidad de la pena, regulando livianamente el delito que atañe la presente investigación, porque las condenas a las cuales deben responder los empleados o funcionario públicos, son en todo caso una ironía, defraudando a los administrados, contribuyendo al tema de la corrupción en el país. En Costa Rica, Puerto Rico y España, se da una regulación distinta a la de Guatemala, lo que origina el presente artículo especializado.

Palabras clave

Principio de proporcionalidad. Pena. Malversación. Funcionario público.

Introducción

En esta investigación se abordará el tema de la proporcionalidad de la pena en el delito de malversación en Guatemala y derecho comparado.

El objetivo general de la investigación será comparar la proporcionalidad de la fijación de la pena en el delito de malversación en Guatemala, Costa Rica, Puerto Rico y España para establecer si existen semejanzas y diferencias. El primer objetivo específico es examinar la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena en el delito de malversación en Guatemala, mientras que el segundo es analizar el principio de proporcionalidad de la pena en el delito de malversación en Costa Rica, Puerto Rico y España.

Las razones que justifican el estudio consisten en realizar un análisis en la estipulación de la pena designada en el delito de malversación, la forma en la que ha sido estipulada en Guatemala, y la aplicación del principio de proporcionalidad al momento en el que el legislador impuso tal condena. Además, el interés del investigador en el tema radica en que, en países latinoamericanos y caribeños, las legislaciones son más rigurosas en la tipificación del delito citado. Para el desarrollo del trabajo, la modalidad de la investigación es un estudio comparado, contrastando las legislaciones de los países de Costa Rica, Puerto Rico y España,

analizando la forma en la que regulan y aplican el principio de proporcionalidad haciendo énfasis en la pena.

En cuanto al contenido, en el primer subtítulo se estudiará lo concerniente a los delitos contra la administración pública en Guatemala, se analizará lo relativo a la teoría del delito, y lo relativo a las penas la imposición de estas y los principios que la rigen, al analizar específicamente los delitos contra la administración pública se hará un desglose de los delitos que regula el Código Penal de Guatemala Decreto 17-73, el segundo capítulo aborda lo relativo al delito de malversación en Costa Rica, Puerto Rico y España y la proporcionalidad de la pena, haciendo un estudio en el ordenamiento jurídico de dichos países y finalmente en el tercero se realiza un análisis comparativo de la proporcionalidad de la pena en el delito de malversación en Guatemala, Costa Rica, Puerto Rico y España, estableciendo las semejanzas y diferencias.

Los delitos contra la administración pública en Guatemala

Teoría del delito

En el presente artículo especializado es relevante definir en primer término lo relativo al Derecho Penal, a consideración de quien redacta, esta es una rama eminentemente de la ciencia del derecho, que tiene a su cargo la regulación y el encuadramiento de la conducta de los individuos, delimitando las acciones que atentan y vulneran la soberanía de un país como delitos y faltas. El estado al hacer uso del poder punitivo en él delegado, tiene la facultad de imponer penas o medidas de seguridad a aquellos sujetos que cometieren actos que van en contra de los supuestos ya establecidos en las normas penales, las cuales tienen la finalidad de mantener el ordenamiento jurídico previamente determinado o en su caso restituir los bienes jurídicos que se han vulnerado.

Con lo anterior se puede desglosar entonces una acepción general del Derecho Penal, este debe de dividirse para un mejor análisis en objetivo y subjetivo. El objetivo establece “las normas jurídicas que asocian al delito, como presupuesto, y las penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica.” (Puig, 2006, p. 45). El Derecho Penal objetivo por su parte es la facultad que tiene el Estado de normar la conducta que contraría los parámetros tipificados como normales, imponiendo a éstos una sanción la cual puede ser una pena o bien, una medida de seguridad.

Por su parte el derecho penal subjetivo se refiere a la potestad que tiene el Estado de imponer castigos, es decir ejercer el Ius Puniendi, éste manifiesto en el poder otorgado a los órganos jurisdiccionales en materia penal, que están facultados de imponer los castigos establecidos en las normas penales.

Otro punto medular que desarrolla el Derecho Penal, es lo relativo a la teoría del delito, este es para quien redacta el esquema que debe ser considerado al momento de realizar el encuadramiento de una conducta criminal, atendándose todas las circunstancias necesarias para encasillarlo como tal, ello que, para la comisión de un delito se requiere la presencia de determinados elementos y circunstancias que sirven al encuadramiento la conducta criminal; entre ellos se encuentra la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, de faltar alguno, el comportamiento del individuo no puede ser encasillado como tal. Es así, que la teoría del delito se convierte en un instrumento fundamental para operar en la materia, aplicando principios jurídico-penales, que tienen como objetivo el de mantener o restaurar el Estado de Derecho quebrantado por un hecho considerado prohibido.

Puig (2006) menciona:

La teoría del delito reúne en un sistema los elementos que, en base al derecho positivo, pueden considerarse comunes a todo delito. La teoría del delito es obra de la doctrina jurídico-penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del derecho penal. Ésta tiene como objetivo teórico más elevado la búsqueda de los principios básicos del derecho

penal positivo y su articulación en un sistema unitario. La teoría del delito constituye un intento de ofrecer un sistema de estas características. No es, pues, fundamentalmente una propuesta incondicionada sobre lo que el delito debería ser —no es una construcción iusnaturalista—, sino una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquél efectúa de éste (p.p. 135-136).

Entonces la teoría del delito es una parte de la ciencia penal como tal, que enmarca una infracción como un todo; no observa individualmente cada delito, sino establece parámetros que deben concurrir para considerar una conducta como antijurídica, proporcionando una técnica así como características específicas que apoyan el análisis y la interpretación del comportamiento exteriorizado por un individuo, determinando en base a técnicas propias, si este es constitutivo de delito; es por ello que constituye uno de los mecanismos más importantes para establecer la responsabilidad penal o por el contrario no contiene los elementos necesarios para encuadrarlo como tal, pues existe algún mérito justificante o atenuante que modifica la tipificación del actuar.

Respecto al delito, para Beling (1978) citado por Raúl Goldstein en el diccionario de derecho penal y criminología, establece que “es una acción típica, antijurídica, culpable, cubierta con una sanción penal adecuada a la culpabilidad y que llena las condiciones legales de punibilidad.” (Goldstein, 1993, p. 345). Este concepto de delito es el más acorde y aceptado por los tratadistas que definen el delito como una serie de hechos acaecidos puramente por el ser humano en el cual deben mediar los elementos de: tipicidad, legalidad que es lo mismo a que la acción o

conducta se encuentre regulada en una norma penal; la antijuricidad, que esta aparejado a la finalidad del Derecho Penal, la culpabilidad, que determina la responsabilidad del individuo en el acaecimiento del ilícito, la sanción que se entiende es el castigo que se debe imponer a quien realiza el acto determinado.

Para la teoría del delito es necesario establecer claramente los lineamientos que deben de considerar las acciones y actos como tal, entre estos se encuentran criterios positivos y negativos, los primeros se encargan de encuadrar la conducta en un hecho delictivo indicando la existencia del ilícito, estos criterios se encuentran delimitados en acciones u omisiones, típicos, antijurídicos, culpables, imputable, punibles como se ha establecido en párrafos anteriores. Por otro lado, las nociones negativas en la teoría del delito establecen que la ausencia de algún requisito positivo puede eximir de responsabilidad a el sujeto, liberándolo así de la pena establecida, algunos juristas han delimitado estos elementos en: la ausencia de conducta, la atipicidad, las causas de justificación, las causas de inimputabilidad, las causas de inculpabilidad, y en excusas absolutorias.

La acción y omisión. Es una circunstancia diferenciada por el ánimo y la voluntad; esta última se refiere al ímpetu que tiene el sujeto de cometer un hecho castigado por una ley penal, diferenciado por dos situaciones, el primero, un mecanismo físico pues una persona realiza una actividad o

una acción, consiente del resultado que conseguirá, además se ve incorporado un elemento psíquico, manifiesto en el deseo de la persona por conseguir determinada consecuencia. Para considerar el delito como tal entonces, es importante que se encuentren reunidos ambos factores, tanto la pretensión por conseguir un fin y la realización del acto. Contrario a esto se encuentra la omisión, esta característica consiste en la voluntad que tiene el sujeto de abstenerse a realizar determinado acto o acción, cuando se tiene el deber y la obligación de actuar, este puede constituir en ocasiones un delito, una falta, pues se omite una obligación por quien tiene la responsabilidad de actuar.

La tipicidad. Este otro elemento del delito se refiere a que solo aquella conducta señalada y descrita en una norma penal con antelación es considerada y puede ser constitutiva de delito, bajo esta premisa se comprende que toda acción que no se encuentra plasmada en una normativa legal no es considerada ilícito, este elemento se encuentra aparejado al principio de legalidad, el cual está basado en normas constitucionales pues este precepto establece que no hay delito ni pena sin ley anterior. Las normas legales se componen de un binomio condicional, primeramente, corresponde la existencia de un supuesto que instituye que el hecho o acto debe de ser cometido por uno o más sujetos, además debe de ser prohibido o contrario a la ley, además debe de contemplar una consecuencia, equivalente a la pena a imponer por cometer el hecho, ésta

condena corresponde exclusivamente imponerla al órgano jurisdiccional establecido por el Estado con antelación.

La antijuricidad. Este elemento establece que el comportamiento ha de contrariar la norma preestablecida, es decir que debe de vulnerar algún bien jurídico tutelado; con esto se pretende establecer, si el hecho cometido pudo haber producido una responsabilidad penal y por ende establecer si es un hecho injusto o contrario a derecho. “El término antijuricidad expresa una contradicción entre la acción y las exigencias del ordenamiento jurídico, no es un concepto específico del derecho penal sino un concepto unitario, válido para el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama”. (Conde, 2004, p. 65). Este precepto regula que el actuar antijurídico del hombre debe de tener como objetivo, ir en contra del estado de derecho que impera en un territorio, cometiendo aquellos actos que lesionan el ordenamiento jurídico vigente, lacerando bienes jurídicos los cuales el mismo Estado está obligado a proteger.

La culpabilidad, es otro elemento a considerar para encuadrar como tal un delito, éste se presenta bajo dos circunstancias perfectamente identificables, las cuales son el dolo y la culpa; un hecho es doloso cuando el agente precursor tiene la intención y el propósito de causar el resultado previsto, identificable y esperado, tal como lo tipifica el artículo 11 del Código Penal de Guatemala (1973): “El delito es doloso, cuando el

resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto”, de ello el dolo está relacionado a la intención del sujeto, porque persigue el causar una consecuencia dañina en contra de otra persona, o sobre sus bienes. y presentándosele la oportunidad, emplea esa circunstancia, realizando y cometiendo un hecho delictivo; tal como se evidencia existe la voluntad del sujeto activo de causar un daño.

El dolo es aquella figura del derecho en la cual está inmersa la preterintencionalidad por parte del actor, es decir que éste realiza de los hechos tipificados en las normas como delito, porque se le presentan las posibilidades de realizar el acto delictivo haciéndolo alcanzable, a sabiendas de que su actuar es contrario a la moral o a las buenas costumbres, demostrando la existencia entonces de elementos cognitivos y volitivos, los cognitivos referidos al conocimiento por parte del sujeto a que los hechos que anhela cometer constituyen una falta o un delito aun así los concibe y planifica; pero éstos reposan aun en la psiquis del sujeto, aún no han sido materializados. Estos hechos por si solos no consuman el ilícito, aunque forman parte del delito no puede ser juzgado por desear cometer el hecho, no es hasta que se materializa su voluntad y el individuo comete el hecho con el resultado deseado y esperado, parte que importa para el derecho jurídico penal, los delitos dolosos.

Por otro lado, se encuentra la culpa, la cual es la actividad de índole prohibida ocasionada por negligencia, impericia o por imprudencia tal como lo establece el artículo 12 del Código Penal de Guatemala (1973) “El delito es culposo cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia. Los hechos culposos son punibles en los casos determinados por la ley”, entonces un delito es culposo cuando se comete por no tener el conocimiento necesario y adecuado para realizar una acción determinada, cuando no se tiene el cuidado necesario en el cumplimiento de un hecho o una obligación o por no tomar las precauciones necesarias para que no resulte una consecuencia un riesgo notorio.

La punibilidad en la teoría del delito es aquel elemento que establece la necesidad de castigar toda conducta criminal cometida por un sujeto, considerando para ello todos los elementos y factores imprescindibles para tal fin. Doctrinariamente se establece como primer factor la producción del resultado, es decir realizar el supuesto jurídico en la norma establecida dando como resultado la comisión del delito, el segundo factor se refiere a la condición objetiva de la punibilidad, referida a que la conducta debe cumplir con los requisitos estipulados para considerarse como delito. Destacando el principio de causalidad, que establece la relación entre causa y efecto, por tanto, la causa se determina como una acción tipificada como delito, y la consecuencia es la pena a la que se hace merecedora la conducta realizada, esta pena para ser cumplir con el

principio de legalidad debe de estar plasmada en una norma y también debe atender el principio de proporcionalidad.

La pena y sus principios

La pena en derecho ha sido contemplada como una consecuencia jurídica a la que se hace merecedor un sujeto por el acaecimiento de un delito, esta debe ser impuesta únicamente por el Estado para que sea justa, como resultado de su poder punitivo, con el objetivo de mantener el estado de derecho, siendo este el principal medio de control con el que se cuenta para mantener el orden social. Una pena restringe el goce y disfrute de ciertos derechos por parte del sujeto responsable, así mismo debe ser proporcional al delito cometido, ya que no debe existir un desbalance entre el mal causado a el mal que el sujeto recibe por haber cometido la acción, es por ello que el legislador creó un sistema de castigos penales el cual está integrado por dos clases de instrumentos: las penas consideradas como principales y las penas accesorias, también contempla medidas de seguridad, estas se imponen al sujeto según la gravedad de la conducta que cometió.

Algunos autores se refieren a la pena como un mal que impone el Estado al delincuente como castigo, éste como consecuencia de la comisión de un delito, otros se refieren a la pena como tratamiento para la reeducación y rehabilitación del delincuente el cual busca la inserción nuevamente del delincuente a la sociedad, muchos han definido a la pena atendiendo a varios puntos, por tanto, no existe uniformidad en lo que se definirá como Pena. La pena es consecuencia jurídica del delito, pues si no existe delito indiscutiblemente no existe pena; eminentemente jurídica y establecida en ley, esto atendiendo al principio de legalidad. (De Paz Carrillo, 2014, p. 23).

La pena entonces es la figura jurídica de la que se vale el Estado para sancionar a quien comete un ilícito penal, restringiendo derechos patrimoniales o personales, siendo esta el medio de control del que se vale el Estado para mantener la gobernanza y el estado de Derecho. La imposición de la pena siempre debe atender a ciertos principios para ser considerada como justa y operable, primeramente, el principio de debido proceso, que establece la imposición exclusiva de un órgano jurisdiccional previamente establecido, especializado en materia penal, además debe atender al principio de legalidad que estipula que no existe ni delito ni tampoco pena sin que exista ley anterior. La pena debe contemplar una función retributiva porque debe restablecer el derecho que ha sido agraviado y también debe cumplir con la función sancionadora que contempla la necesidad de castigar al infractor por el comiso realizado.

La pena ha sido profundizada desde varias teorías, entre ellas las teorías absolutistas, que se encuentran sustentadas por los tratadistas Hegel y Kant, estas teorías también conocidas como “teorías absolutas, retributivas, se basan en la creencia de que la culpabilidad del autor debe compensarse mediante la imposición de una sanción, con el objeto de alcanzar la justicia. A través de ella se considera que la pena debe imponerse solo porque se ha delinquido.” (Bustos, 1994, p. 115). Las teorías absolutistas explican el porqué de la pena, es decir cuál es el motivo del castigo; pero no considera sus fines, únicamente constituye un

castigo por el simple hecho de delinquir, tienen un concepto sencillo se debe castigar e imponer un mal a quien ha cometido un mal, con la idea de quien infringió una norma penal por el temor del castigo que recibirá deje de delinquir.

Contrapuestas a éstas se encuentran las teorías relativas la idea de las teorías absolutista, centran su interés en conseguir o seguir determinados fines; se enfocan en la prevención del delito, pues en lugar de castigar cuando se comete la acción se debe de persuadir al sujeto de no cometerlo, porque de hacerlo tendrían una sanción altamente perjudicial, además de ello consideran un fin repositivo, ya que contemplan la reinserción del delincuente a la sociedad luego del cumplimiento de su condena, aspirando a que éste no vuelva a cometer otro hecho delictivo. A través de esta teoría se pretende que la sociedad misma entienda que las penas no solo fueron creadas para castigar al delincuente, sino que tengan presente que si deciden realizar un hecho ilícito y de ser comprobado obtendrán una sanción.

Principio de culpabilidad. A criterio de quien redacta, este principio establece que para poder imponer una pena a una persona que ha realizado un delito primeramente se le debe responsabilizar el hecho y culpar, atendiendo a algunos presupuestos; el primero atendiendo la personalidad de la pena, es decir que ninguna persona puede ser juzgada por el delito de un tercero. El segundo precepto determina la responsabilidad de un

hecho, para la imposición de la pena es necesario realizar un hecho antijurídico, y éste es el que interesa al Derecho Penal, no tanto la conciencia o psiquis del sujeto, sino el hecho (acción) en general. El siguiente postulado establece el dolo o culpa que refiere la intención de conseguir un resultado, o que el mismo resulte por impericia, negligencia e imprudencia.

El principio de culpabilidad, como garantía individual, se haya dentro del conjunto de postulados esenciales que todo Estado Constitucional de Derecho contempla, éstos operan como límites de la potestad punitiva y se traducen en condiciones necesarias tanto para la atribución penal, como para la determinación judicial de la pena, la responsabilidad de la pena y el hecho, la culpabilidad constituye un principio estructural básico del Derecho penal, de modo tal que cualquier pena que se imponga sin la comprobación de una previa infracción del deber de obligación en que consiste la norma subjetiva de determinación judicial de la pena, o que supere la medida de esta infracción (De Paz Carrillo, 2014, p.21).

Principio de inocencia. La inocencia es un principio no solo en materia penal sino se encuentra establecido como principio constitucional, plasmado en el artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala (1985): “Presunción de inocencia y publicidad del proceso. Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada”. Bajo esta premisa se comprende que toda persona es inocente, sin antes haber comprobado su participación y culpabilidad en la ejecución de un delito, tal fin debe ser comprobado ante juez competente, agotando un proceso penal instaurado en su contra, con una participación bilateral, un ente que acusa y uno que defiende. Constituye un derecho fundamental en el que se debe

presumir la inocencia obligatoria del sujeto, otorgando un beneficio al acusado considerado exento de culpa.

Principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad es el punto medular del estudio que se presenta, a criterio de quien redacta, éste instituye que entre la comisión del delito y la imposición de la pena debe de existir un punto de equilibrio, se debe de considerar la gravedad del ilícito cometido o la peligrosidad del sujeto, para establecer la pena, de este modo proteger los bienes jurídicos acogidos en las normas estatales. Este principio rebosa la razón porque el legislador plasma en la ley conductas que el Estado debe calificar y prever, evitando en todo sentido la arbitrariedad, graduando efectivamente las penas y así, mantener un estado de derecho justo y equitativo, de este modo se refleja también un principio más, el de necesidad que analiza la pena como la necesidad del hecho cometido.

Para de Paz Carrillo (2014) la proporcionalidad:

Se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida coercitiva de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi. Así, la justa medida de la pena se configura como consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, un principio rector de todo el sistema penal. (p. 26).

El principio de proporcionalidad es relevante debido a que se manifiesta en el instante en el cual los legisladores estipulan la norma, pues ellos gradúan la pena que se debe imponer; también se exterioriza cuando los jueces establecen la sanción al actor de un delito, el juez debe de observar las circunstancias agravantes, atenuantes, la peligrosidad y sobre todo el tipo de bien jurídico tutelado que ultrajó, estos elementos debe de contemplar el juzgador cuando realiza el análisis y establece la condena, por ende se exige a los órganos aplicar las medidas restrictivas necesarias para la satisfacción de los fines establecidas por el Estado, para la adecuada protección a sus fines y el mantenimiento del estado de derecho que debe imperar en un país.

La proporcionalidad se traduce entonces como la forma de imponer restricciones por parte de entes estatales, a los particulares derivado de actos cometidos por éstos, es importante observar la aplicación de dicho principio, pues cuando se incumple este trae como consecuencia la vulneración de derechos y libertades, como ejemplo la imposición de una cadena perpetua considerada como una pena inhumana porque restringe permanentemente derechos del condenado. Por ello debe contener un punto de balance castigando con la misma intensidad al daño que han causado. "La pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculado a las reglas dogmáticas de imputación, sino también a una argumentación asentada directamente en la teoría de la pena." (Sanchez, 2007, p. 31).

Principio de necesidad. Este se enlaza al principio de proporcionalidad, por una parte, el de proporcionalidad establece un punto medio entre el hecho consumado y la sanción instituida, mientras que el de necesidad constituye que toda conducta típicamente antijurídica debe necesariamente emparejar una condena, consecuentemente de la comisión de un delito es menester imponer una sanción. El sistema jurídico-penal instaura en los postulados de las normas esta relación causa y efecto, es por ello que el tratadista “Hegel, de su lado, habla de la retribución jurídica y, en base a ella, justifica la pena en la necesidad de reparar el derecho con una violencia contraria que restablezca el orden violado.” (sf, 2020 p.5). Por lo tanto se estima a la pena como una institución retributiva que busca mantener la convicencia social.

Principio de legalidad. El principio de legalidad se aplica como consecuencia del estado de derecho en el que vive el país, otorgando seguridad jurídica a los individuos, ya que cada habitante conoce e identifica aquellos ilícitos penales, los cuales no deben de ser cometidos, pues como efecto de la comisión del delito se debe imponer la pena respectiva, pero dicho castigo debe ser emanado del Organismo Legislativo del país, de lo contrario imponer una sanción sería ilegal, el Derecho Penal es una rama garantista, ya que garantiza a las personas un proceso penal justo y preestablecido, debido a que en materia penal es prohibida la analogía y la retroactividad siempre que esta no beneficie al sindicado, es por ello que el principio de legalidad se observa en la

tipificación de delitos y sanciones impuestas por el órgano legislativo del país.

De acuerdo al artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala (1985), establece en relación al principio de legalidad, no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. No hay prisión por deudas. Este principio lo interpreta la gaceta no. 65 del expediente 1553-2001 de Corte de Constitucionalidad (2002) que establece: En el orden penal este principio tiene una trayectoria histórica que condujo a la proclamación de la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* como una lucha por el Derecho. Opera como opuesto al *ius in certum*, por lo que, además de su significación en el orden jurídico penal, la máxima alcanzó jerarquía constitucional, por lo que impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado (...).

El principio de legalidad es un pilar fundamental dentro del proceso penal, contempla y garantiza la aplicación efectiva de un estado de derecho, ya que a ninguna persona se le puede condenar por acciones u omisiones (aplicando la teoría del delito) que al momento de ser cometidos no se encuentren taxativamente calificados como tal en normas penales emitidas por los organismos adecuados para tal fin, de manera clara, precisa y sancionada por ley anterior al hecho, debido a que en materia penal se excluye la analogía, poniendo así un freno a las facultades de los tribunales, y delegando en los legisladores la obligación de emitir leyes con contenido completo y objetivo en el cual no se presenten lagunas legales y se dé la opción de eximir a los sujetos por su conducta.

El principio de legalidad relativo a las penas se encuentra regulado en el artículo 1º del Código Penal (1973) “Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley

anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean previamente establecidas en la ley”. De tal manera que la no solo la Carta Magna determina este principio, así también lo regula una norma ordinaria, mostrando la importancia del mismo, pues no se podría hablar de legalidad si no se tiene un parámetro estipulado para regular la conducta de los habitantes de un territorio, y de cometerse un ilícito averiguar la participación del individuo en el hecho delictivo, y así establecer las penas con antelación impuestas en la ley penal.

Principio de resocialización. Este principio, en definitiva, constituye en la pena una finalidad instrumental, el de la reinserción del delincuente a la sociedad, atendiendo a la búsqueda del bien común como se establece en el preámbulo de la Constitución. Quienes han sido privados de libertad no pueden mantenerse en ese estado indefinidamente, por ello el condenado debe cruzar una serie de etapas que lo ayudaran a incluirse nuevamente en el sistema social, reeducado, buscando impedir que se incurra nuevamente en una nueva conducta criminal, tal y como lo establece el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala (1985) “Sistema penitenciario. El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos”. En esta expresión se manifiesta dicho principio en la rehabilitación del recluso para enfrentar la realidad social a la que quedará expuesto después de haber sido condenado.

Los delitos contra la administración pública

La administración pública es una rama eminentemente social, pues tiene como finalidad que las organizaciones y entes del Estado presten servicios públicos y de esta manera alcanzar el bien común, utilizando estructuras, funciones, métodos y procedimientos que apoyen la política de gobierno, la cual ha sido determinada e impuesta por el Organismo Ejecutivo. Organismo que debe velar por el desarrollo económico y social del país, operando bajo los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación para cumplir con los objetivos establecidos, realizando actos administrativos que deben llevarse a cabo bajo un orden jurídico instituido. En este orden de ideas se establece que la administración pública debe cumplir con las aspiraciones y compromisos adquiridos con el pueblo porque ha delegado en ella su soberanía.

Fraga (1981) por su parte menciona que:

El Estado realiza una función administrativa organizada de forma especial, la administración pública es el medio por el cual se cumple el fin principal del Estado, que es la satisfacción de los intereses colectivos y la Administración Pública debe entenderse desde el punto de vista formal como el organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para satisfacción de los intereses generales y que desde el punto de vista material es la activada de este organismo considerando en sus problemas de gestión y de existencia propia tanto en sus relaciones como otros organismos semejantes como con los particulares para asegurar la ejecución de su misión (p. 45).

Ahora bien, en cuanto a los delitos contra la administración pública, es menester señalar que, según la doctrina penal estos se encuentran ligados a la corrupción existente en el país, que no es más que el producto del abuso de poder por parte de quienes administran un país determinado, con el objeto de lograr un beneficio, que puede ser económico o no, y que somete el interés público al particular, aspecto que daña y pone en peligro, de distintas maneras el bien jurídico que deben tutelar obligadamente. En estos delitos se perjudica la administración pública, y al ser ésta la encargada de dar cumplimiento a los fines del Estado, se vulnera dicha finalidad, y se demuestra la ineficacia de las autoridades estatales de realizar de manera acorde sus actividades, llevando a cabo conductas que al ser verificadas manifiestan la comisión de un delito, comprometiendo por ello la eficiencia del Estado por la búsqueda y realización del bien común.

Los delitos contra la administración pública, son entonces un tipo especial de delito porque se cometen únicamente por servidores o funcionarios públicos, quienes son trabajadores del Estado el artículo 107 de la Constitución Política de la República de Guatemala (1985) establece que “los trabajadores del Estado están al servicio de la administración pública y nunca de partido político, grupo, organización o persona alguna”. Formando parte de la esfera laboral pública, que debe velar por la realización adecuada de la función pública, que han sido contratados e ingresados al ámbito público por los procesos de ingreso libre, ingreso de

selección o por un ingreso mixto, en los cuales se busca que el personal que ocupa puestos dentro del servicio público, sea personal idóneo y capacitado, y que siempre deben actuar conforme a las leyes del país, jamás superior a ella.

En tal virtud las personas que ocupan un cargo legislativo, ejecutivo, judicial o administrativo, han obtenido esa potestad en virtud de un nombramiento, un contrato o por elección popular, ejerciendo autoridad, competencia y representación de manera oficial del Estado o cualquier entidad estatal. Por consiguiente los empleados y funcionarios públicos en el ámbito de la administración son los sujetos considerados idóneos para la realización de actos administrativos, y cuando éstos infringen sus deberes, traicionan la correcta gestión de las funciones en ellos encomendadas, y es en ese momento cuando cometen alguno de los ilícitos tipificados en el Código Penal Decreto 17-73, los que se establecen en el título XIII de los delitos contra la administración pública, siendo éstos delitos considerados especiales porque son cometidos por personajes que desplazan su actuar en una esfera especial superior a la población general.

Entre los delitos regulados en dicho cuerpo legal se encuentra el de abuso de autoridad, incumplimiento de deberes, desobediencia, revelación de secretos, nombramientos ilegales, cohecho pasivo, cohecho activo, peculado, enriquecimiento ilícito, testaferrato, tráfico de influencias,

fraude, cobro indebido, obstaculización de la acción penal, representación ilegal, denegación de justicia, y el que atañe el presente estudio el delito de malversación. Estos delitos se encuentran regulados de manera especial en la Ley Contra la Corrupción, que tipifican acciones que sobrepasan la confianza de los ciudadanos depositada en los funcionarios y vulneran el correcto funcionamiento del Estado para lograr el bienestar común.

Dicha regulación controla los actos que realicen funcionarios y empleados públicos en contra de la administración pública, por ello en el considerando segundo de la Ley Contra la Corrupción (2012) se establece “Que las diversas formas de corrupción manifestadas en el accionar de los funcionarios y empleados públicos constituyen uno de los elementos fundamentales que impiden la materialización de los principios fundamentales”. Como se establece los delitos que cometen estos funcionarios al realizar incorrectamente sus actividades, contrarían las disposiciones con las que se organiza el Estado de Guatemala, atentando con el fin principal, entorpeciendo los deberes esenciales del mismo como lo son la justicia y el desarrollo integral de las personas.

El delito de malversación se encuentra regulado en el Código Penal el cual establece:

Malversación. Comete delito de malversación, el funcionario o empleado público que diere a los caudales, efectos o bienes que administren, una aplicación o uso diferente de aquella a que estuvieren destinados. El responsable de este delito será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de veinte mil a cincuenta mil quetzales. Si como consecuencia de la comisión de este delito se ocasiona daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en una tercera parte. Si los caudales, efectos o bienes estuviesen destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena se aumentará en dos terceras partes. (Código Penal, 1973, artículo 447).

Proporcionalidad de la pena en el delito de malversación en Guatemala

En la legislación guatemalteca el delito de malversación es considerado como una infracción menor sin mucha trascendencia ni social, ni política, ni penal, aseveración alejada de la realidad porque éste ilícito afecta de manera directa los fondos del Estado, desabasteciendo a entidades y haciendo peligrar rubros vitales para el efectivo funcionamiento del Estado, vulnerando aspectos como salud, educación, infraestructura, alimentación, aumentando la crisis socio-económica por la que pasa el país. La pena que recibe el acaecimiento de este delito ronda de 2 a 6 años, y puede ser conmutable es decir puede modificarse la sanción a una pena de carácter económico, anteriormente era una pena inconmutable, y al ser atacada esta norma de inconstitucionalidad, fue objeto de revisión por el organismo encargado, y éste la declaró con lugar, dejando sin vigencia esta prohibición, aumentando la tasa de corrupción que impera en el país.

Este delito no aplica adecuadamente el principio de proporcionalidad, porque a criterio de quien redacta éste ilícito vulnera de gran manera la administración pública, específicamente en el ámbito tributario pues transgrede un bien jurídico tutelado de orden público, debido a que infringe el correcto desarrollo del Estado, entorpeciendo la finalidad del mismo, limitando los derechos de la clase baja del país que es el nivel sociopolítico más vulnerable y extenso del país. Por ello la realización de delitos que se relacionan a la corrupción como el del presente estudio, perjudican a la población pues incrementan la deuda pública del país, porque el mismo Estado debe de gestionar los medios que utilizará para cubrir las necesidades quebrantadas por malversar fondos estatales.

El delito de malversación en Guatemala establece que es cometido por empleados o funcionarios públicos, quienes son los sujetos activos del delito, éstos son los sujetos idóneos para administrar de manera correcta y efectiva los bienes propios del Estado, pero cuando le suministran de manera diferente a los planificados los erarios de la nación, es cuando nace éste delito. Ésta es la regulación establecida en Guatemala y solo pueden purgar una pena de entre dos a seis años y, la pena puede ser conmutada por una sanción de carácter económica, ante este supuesto no existe una armonía ni un balance entre el delito y la pena, porque no tiene una sanción trascendental ni evidente al funcionario público que sobrepase su cargo, debido a que la consecuencia que el funcionario

obtendrá por cometer dicho ilícito es mínima, atentando el ordenamiento jurídico con ello.

Es relevante mencionar que el delito de malversación imponía una sanción más severa, debido a que no contemplaba en la regulación opción a conmutabilidad, esto según el numeral 7 del artículo 51 del Decreto número 17-73 Código Penal; algunos funcionarios consideraron lesiva dicha disposición, aludiendo a que no atendía adecuadamente la proporcionalidad de la pena y lo atacaron por el procedimiento de inconstitucionalidad. La sentencia 4099-2020, resolvió entonces dicho ataque, concediendo tal medida a los delitos contra la administración pública. La Corte de Constitucionalidad (2021), afirma que el inciso cuestionado, del artículo 51 del Código Penal, “no atiende al principio de proporcionalidad de las penas, el cual debe ser observado por el legislador al momento de crear la norma, dicho principio sirve de límite a la arbitrariedad de los poderes públicos” (p. 1). Es por esta razón que este delito puede ser conmutable hoy en día.

Castillo (2006) define malversación

Como aquella situación irregular en que incurre el 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 de la población. (p. 1).

El principio de proporcionalidad no aplica en este delito, debido a que no existe un balance entre la acción cometida y la pena que a imponer, ello debido a que el funcionario público que comete dicho ilícito solo es condenado a una pena reducida por el daño que pudo cometer y tiene la opción a quedar en libertad, por una suma monetaria, esto aunque haya malversado grandes cantidades monetarias, disposición insensata, debido a que hizo uso de su posición dentro del ámbito administrativo sobrepasando y abusando del cargo y puesto que ostenta para favorecerse y darle un uso distinto al estipulado a los erarios del Estado, afectando directamente otros rubros estatales, que deben de servir para el desarrollo integral de las personas, debido a que subsidiariamente la administración debe darle solución a esa moneda malversada tratando de cumplir sus objetivos.

El delito de malversación en Costa Rica, Puerto Rico y España y la proporcionalidad de la pena

Generalidades

El delito de malversación es un ilícito cometido por autoridad o funcionario público tal como se estableció en el capítulo anterior, se considera como un acto de administración desleal del patrimonio nacional, pues el autor del delito manifiesta su conducta, desviando de su finalidad caudales públicos, aunque no se tenga ánimo de lucro directo,

pues de tenerlo se hablaría de otro tipo de delito, pero si se tiene la intención y el deseo de entorpecer el correcto funcionamiento de la administración pública, la mayoría de legislaciones al contemplar este tipo de ilícito en las normas, tienen como fin primordial proteger el interés nacional del buen funcionamiento de la administración siempre que este sea dentro de los márgenes de la ley.

Representa un ultraje a la administración porque es cometido por los funcionarios públicos, personas recubiertas de una investidura especial, exentos de la esfera de los particulares, dicho ilícito no puede ser cometido mediante culpa, es un delito íntegramente doloso, porque debe de existir ánimo por parte de la autoridad de lesionar la administración pública. Este delito se encuentra relacionado al fenómeno de la corrupción, constituyendo una infracción del deber de responsabilidad y probidad con la que debe actuar el funcionario con la administración, atentando con el carácter patrimonial del Estado, tiene una doble naturaleza, pues es un delito contra el patrimonio y también contra la administración pública, algunas legislaciones enfocan el delito de malversación tomando en cuenta los criterios mencionados, otorgando una especial regulación.

La naturaleza jurídica del delito de malversación “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” (Conde, 1991, pág. 774). Para establecer la naturaleza jurídica, es necesario atender dos vertientes, la primera que se lesionan los intereses del Estado, pues al ser cometido el delito, el funcionario maneja de forma defectuosa el capital en él depositado, distrayéndolo de su efectiva utilidad causando un perjuicio económico, también funda una violación al deber de integridad, poniendo en tela de duda su honradez y honestidad.

Análisis jurídico del delito de malversación en Costa Rica

El delito de malversación en Costa Rica ha sido contemplado como un ilícito penal, pero éste amplía el sujeto activo que lo comete. Primeramente, regula que es cometido por funcionario público, quien es la persona que ostenta un cargo dentro de la esfera gubernamental, encargado de administrar y aplicar la política presupuestaria. Luego establece que dicha transgresión además puede ser cometido por particulares, gerentes, administradores y apoderados de las personas jurídicas privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios; el código penal de Costa Rica sanciona a toda aquella persona que tenga una relación directa con la administración guarda y custodia de bienes, propiedades o empresas pertenecientes a terceras personas.

Los particulares, gerentes o apoderados dentro de sus funciones administrativas, deben abordar mandos de dirección y control, pues estos son considerados cargos de confianza, porque poseen una condición jerárquica superior en el estrato administrativo, desarrollando dentro de cualquier institución un mayor número de responsabilidades, funciones y obligaciones aparejadas a su puesto. Cuando realizan de manera óptima su labor logran un desarrollo íntegro, obteniendo de esta forma la confianza con el superior jerárquico estableciendo por ello una relación laboral especial, pero en caso contrario se simule la realización efectiva de las funciones asignadas, falseando la correcta administración del capital excediendo la confianza en él depositada, abusando de su calidad, es cuando se hace presente el delito de malversación.

El Código Penal de Costa Rica regula el delito de malversación de la siguiente forma:

Serán reprimidos con prisión de uno a ocho años, el funcionario público, los particulares y los gerentes, administradores o apoderados de las personas jurídicas privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios que den a los caudales, bienes, servicios o fondos que administren, custodien o exploten por cualquier título o modalidad de gestión, una aplicación diferente de aquella a la que estén destinados. Si de ello resulta daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio. (Código Penal de Costa Rica No. 4573, 1970, artículo 356).

La legislación costarricense establece que para consumar el delito de malversación debe mediar el dolo, porque actúa con la expectativa de obtener de un fin determinado, con la voluntad de cometer el hecho, desde

esa perspectiva se comprende que se comete esta infracción de tipo penal en el momento que se desvíen o se desvirtúe el uso de caudales, servicios, bienes o fondos públicos, pero no deben de salir del ámbito administrativo, porque de sustraerse se cometería un delito distinto. Tiene como sujeto activo no solo al funcionario público, también indica que lo comete los particulares y gerentes, administradores o apoderados de las personas jurídicas privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios.

Referente al sujeto pasivo en el delito de malversación Costa Rica no solo contempla que es la administración pública en primer estrato, debido a que se dejan de realizar labores consideradas para tal rubro por la disminución en el presupuesto del Estado. Además de esta contempla como ente activo a las personas jurídicas privadas, esta es una circunstancia novedosa, porque los apoderados o cualquiera que gestione bienes de personas jurídicas, también comete el ilícito penal, debido a que lo dota de una investidura jurídica especial, pues entre las funciones que debe de realizar se encuentra la representación de la misma, actuando a nombre de ella, caso similar a la de los funcionarios públicos, que deben de guardar y custodiar bienes que no son propios, de tal caso que Costa Rica amplió y complementó el delito de malversación agregando éstas figuras.

La pena, como se estableció en el capítulo anterior, debe atender a ciertos principios para ser considerada como justa, el código penal costarricense impone una prisión al causante del delito de malversación de uno a ocho años, ésta no puede ser conmutable a una sanción económica, regula además que si se causa daño o entorpecimiento de cualquier servicio se debe aumentar la pena en un tercio. En el artículo 358 del citado cuerpo legal agrega una sanción, dirigida expresamente a las autoridades públicas, regulando además de las penas señaladas una inhabilitación absoluta o especial según lo estimen los jueces, atendiendo a la gravedad o a las circunstancias en el que el hecho fue cometido, creando de este modo la posibilidad de restringir derechos políticos, económicos y civiles por actuar deshonestamente en el cumplimiento de sus deberes.

Análisis jurídico del delito de malversación en Puerto Rico

En la legislación de Puerto Rico, el delito de malversación se encuentra regulado en el título cuatro, delitos contra la función gubernamental, en la sección segunda denominada de los delitos contra los fondos públicos, en el Código Penal. La realidad de Puerto Rico, denota escándalos por corrupción en los últimos años, las causas principales radican en un sistema de gobierno débil y fraccionado, una función penal defectuosa y la falta de transparencia en los procesos de adquisición de bienes. Todas estas acciones disminuyen la correcta administración de fondos públicos, permitiendo la realización de ciertos actos ilícitos, entre ellos el de

malversación, dicho país para el combate de este tipo de infracciones insta una entidad especializada, institución que tiene como propósito diseñar estructuras gubernamentales que descarten cualquier vacío legal que promueva actos de corrupción en el servicio público.

Con relación al delito de malversación, el Código Penal de Puerto Rico lo regula:

Malversación de fondos públicos. Será sancionado con pena de reclusión por un término fijo de ocho años, todo funcionario o empleado público que sea directa o indirectamente responsable de la administración, traspaso, cuidado, custodia, ingresos, desembolsos o contabilidad de fondos públicos que: (a) se los apropie ilegalmente, en todo o en parte; (b) los utilice para cualquier fin que no esté autorizado o que sea contrario a la ley o a la reglamentación; (c) los deposite ilegalmente o altere o realice cualquier asiento o registro en alguna cuenta sin autorización o contrario a la ley. Cuando el autor sea un funcionario público o la pérdida de fondos públicos sobrepase de cincuenta mil dólares será sancionado con pena de reclusión por un término fijo de quince años. El tribunal impondrá la pena de restitución (Código Penal de Puerto Rico, 2012, artículo 264).

Puerto Rico sanciona con mayor severidad el delito de malversación, aplicando de manera correcta el principio de proporcionalidad, estableciendo una pena al funcionario o empleado público de ocho años, la figura novedosa que estipula la norma legal es la apropiación ilegal de fondos públicos, y que deposite ilegalmente dichos caudales en una cuenta no autorizada. Anteriormente se expuso que malversar era darle un uso distinto a los erarios del Estado, sin que éstos salgan de la esfera de la administración, caso contrario a la legislación de Puerto Rico, acá se regula que el funcionario o empleado se apropia de los fondos, salen del círculo administrativo y llegan ya sea a las arcas propias del funcionario

por medio de cuentas bancarias o de cualquier otra índole, afectando directamente la administración pública y su finalidad de conseguir el bien común.

Además de ello regula dos situaciones especiales agravantes, primeramente, que la cantidad sustraída o malversada, sobrepase una cantidad de cincuenta mil dólares, y que dicho ilícito sea cometido por el funcionario público de manera directa, en caso de darse alguno de estos supuestos, el castigo a imponer deberá ser aumentado a una pena fija de prisión de quince años, los cuales son inconvertibles, además se ordenará la restitución de la cantidad malversada. Puerto Rico entonces sistematiza de manera especial el delito de malversación cuando éste ha sido consumado, impone sanciones rígidas, fortaleciendo de este modo la integridad estatal, así mismo vigila el uso óptimo de los recursos económicos y fiscales del Estado.

En cuanto a la regulación de los delitos Código Penal de Puerto Rico (2012) establece.

Los delitos se clasifican en menos graves y graves. Es delito menos grave todo aquél que apareja pena de reclusión por un término que no exceda de seis (6) meses, pena de multa que no exceda de cinco mil (5,000) dólares o pena de restricción domiciliaria o de servicios comunitarios que no exceda de seis (6) meses. Delito grave comprende todos los demás delitos (Artículo 16). Se clasifican en graves y menos graves los delitos atendiendo al tipo de ilícito cometido. Para poder de esta manera imponer la pena.

Los delitos graves según el ordenamiento jurídico puertorriqueño, se caracterizan porque sancionan cualquier tipo de ilícito con una pena superior a los seis meses, debido que la pena que se impone en el contexto del artículo citado referente al delito de malversación, se analiza que éste es considerado grave porque la pena que se fija es de 8 años, y en caso de tener agravante la sanción se aumenta a 15 años. La consideración del delito varía a la regulación en Guatemala, y ello es lo destacable que al contrario con el ordenamiento guatemalteco que considera la malversación como un delito menos grave, Puerto Rico lo considera como un delito grave estableciendo penas rigurosas entre ellas la restitución de lo malversado.

Con referencia a la restitución el artículo 80 del Código Penal de Puerto Rico (2012) establece: “La restitución consiste en la obligación impuesta por el tribunal a la persona jurídica de pagar a la parte perjudicada daños y pérdidas que le haya ocasionado. Cumpliendo la pena de restitución con sus bienes presentes y futuros”. Es pues la restitución el efecto al que es castigado el funcionario público por no acatar sus funciones y desvirtuar los fondos administrativos a un destino no contemplado, estableciendo daños que deben de ser vueltos al estado que tenían, o bien reparar el mal que se ha causado, pero para imponerla es necesario realizar un estudio socio económico para constatar que el actor del delito pueda soportar la condena impuesta.

Al mencionar lo relativo a la prescripción, el Código Penal de Puerto Rico (2012) lo regula:

Delitos que no prescriben. En los siguientes delitos la acción penal no prescribe: genocidio, crimen de lesa humanidad, asesinato, secuestro, malversación de fondos públicos, falsificación de documentos públicos, y todo delito grave tipificado en este Código o en ley especial cometido por un funcionario o empleado público en el desempeño de la función pública... La prescripción se establece como una forma de extinguir la responsabilidad penal por el comiso de un delito, según se distingue en el artículo citado, el delito de malversación no goza de esta medida, figura como un delito grave y al no caducar la acción por el paso del tiempo, el funcionario público puede ser procesado por los actos cometidos en el ejercicio de su cargo en cualquier circunstancia (artículo 88).

Análisis jurídico del delito de malversación en España

El delito de malversación en España, ha sido tipificado como un ilícito que es cometido por un funcionario o una autoridad pública, el que acciona con intención porque posee ánimo de lucro al querer obtener un beneficio propio. Este es considerado como un delito de apropiación indebida, pues lesiona los intereses propios del Estado, al exceder funciones propias de su cargo, porque el funcionario no tiene realmente facultades de gestión, sino que está sometido a un conjunto de regulaciones jurídico administrativas que marcan y condicionan sus decisiones. Una novedad en la regulación de este delito es que estipula que igual es malversación si el funcionario público aprueba y admite actos de apropiación realizados por terceras personas, siempre que tengan obligación de administrar fondos estatales, además si se comete el delito

con la finalidad de obtener beneficio propio, situación distinta a la del resto de países analizados.

El Código Penal de España (1995) regula en cuanto al delito de malversación

La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos que se refieren en el apartado anterior hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes: a) Se hubiera causado un daño o entorpecimiento graves al servicio público. b) El valor del perjuicio causado excediere de 50.000 euros. c) Las cosas malversadas fueran (artículo 432).

La Ley Orgánica 14/2022 de España del 22 de diciembre de 2022 modificó el Código Penal en varios artículos, entre ellos el que regula el delito de malversación, contempla distintas formas de accionar en los artículos 432, 432 bis y 433, ésta reciente modificación divide la malversación propiamente dicha, y le establece una pena de dos a seis años, siempre que no existan las circunstancias agravantes tales como el daño o entorpecimiento a los servicios públicos o que las cosas malversadas fuesen de valor artístico, histórico, cultural o científico. En darse alguno de estos acontecimientos se agrava la pena de prisión de cuatro a ocho años, y será inhabilitado por un plazo de diez a veinte años. Dicho artículo contempla además un atenuante a la pena de uno a dos años

y una inhabilitación especial para cargo público si la cantidad malversada es menor a 4,000 euros.

El Código Penal de España (Ley Orgánica 10/1995) distingue otro tipo de malversación, la que opera en el caso que el funcionario público utilice los fondos del gobierno para usos privados confiriendo una pena de seis meses a tres años, suspendiendo su cargo público en un plazo de uno a cuatro años. Y regula la malversación en la que el patrimonio público sea administrado en forma diferente a la destinada, imponiendo una pena de uno a cuatro años (artículo 432 bis, 433). El Código Penal español tipifica una malversación grave, media y baja, en consideración a la misma establece proporcionalmente la pena, una institución novedosa en esta reglamentación es el plazo de inhabilitación que regula, pues prohíbe el derecho a que el funcionario público pueda volver a fungir como tal, así mismo restringe el derecho a emitir sufragio por seis a diez años, y si hay agravación de diez a veinte años, considerando la pena máxima de este delito.

Análisis comparativo de la proporcionalidad de la pena en el delito de malversación en Guatemala, Costa Rica, Puerto Rico y España

Semejanzas de la proporcionalidad de la pena en el delito de malversación en Guatemala, Costa Rica, Puerto Rico y España

Los países sujetos al estudio del presente artículo especializado, tienen algunas semejanzas en la proporcionalidad de la pena. Para Gonzalo Olivares “la proporcionalidad predica el adecuado equilibrio aceptable entre los presupuestos de la reacción punitiva, la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena como en el de su aplicación judicial” (Olivares, 1982, p. 383). Es entonces el principio de proporcionalidad, aquella situación en la que el legislador debe responder a un problema fáctico, en el cual debe observar un punto medio entre una acción o una omisión cometida por un individuo y la consecuencia jurídica o la pena que debe imponer el Estado en función a su poder punitivo.

Tanto Guatemala, Costa Rica, Puerto Rico y España contemplan que el delito de malversación es cometido por el funcionario público quien “es cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en

todos sus niveles jerárquicos” (Convención Interamericana contra la Corrupción B-58, artículo 1o. 29 de marzo de 1996). Las legislaciones de los países indicados consideran al funcionario público como la persona designada por el Estado para realizar el bien común, al distraer sus funciones y utilizar su cargo para beneficiarse respecto a los erarios que administra comete este delito.

El delito de malversación tiene como bien jurídico tutelado la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir busca el adecuado uso del presupuesto nacional, y que éste se emplee en pro de la población. Se debe considerar que el delito de malversación tiene como objeto en el que recae la infracción los caudales pertenecientes a un estado, que engloba todos aquellos bienes valuados económicamente además de dinero en efectivo, los que pertenecen a la esfera administrativa. En el momento en el que se administra inadecuadamente el presupuesto público dirigiéndolo a una actividad diferente a la establecida sin apropiárselo es cuando ocurre el delito de malversación, los países latinoamericanos y España tipifica de manera similar este delito, estableciendo una condena de prisión baja en respuesta el abuso de confianza cometido por funcionario público.

En Guatemala se establece una pena principal de prisión de entre dos a seis años, considerando la gravedad del ilícito cometido por el funcionario público, anteriormente el artículo 51 del Código Penal decreto 17-93 del

Congreso de la República establecía la inconmutabilidad de los delitos en contra de la administración pública en el inciso 7, dicha norma fue atacada de inconstitucional y según expediente 4099-2020 se otorga la posibilidad de conmutar la pena de prisión a una sanción de tipo económico, ello debido a que en el mismo cuerpo legal, empero el artículo 50 establece la conmutabilidad en delitos cuando la pena no sea mayor a cinco años, situación que agravó una problemática en el país, debido a que dicha inconstitucionalidad solo abrogó tal escenario específico, suavizando las penas en los delitos contra la administración entre ellos la malversación.

Costa Rica por su parte establece una pena para el delito de malversación, con una regulación semejante a la establecido en el Código Penal de Guatemala, es cometido por un funcionario público que dé a los bienes que administra una aplicación diferente a la reglamentada, con una pena de prisión de uno a ocho años, dentro del estado constitucional de derecho Costarricense se consagran preceptos jurídicos que incluyen penas determinadas en la ley (principio de legalidad), imponer penas fuera de estos márgenes hace que éstas sean arbitraria y prohibidas, atendiendo el principio de proporcionalidad se demuestra que el comiso de este delito no es merecedor de una pena grave, pues estipula una reclusión mínima, en consideración que tal violación afecta el desarrollo adecuado de las actividades públicas.

El delito de malversación así como otros actos de corrupción están presentes en organizaciones públicas y privadas a nivel mundial en Puerto Rico estos actos han aumentado es de la década de los ochentas, Patricio Gonzáles Sánchez quien cita al sociólogo Edwin H. Sutherland, quien acuñó el término crimen crímenes de cuello blanco “a aquellos actos delictivos que han sido cometidos por personas de respeto y de clase social alta” (Sánchez, 2011), es entonces que se considera que el ilícito de Malversación es un crimen de cuello blanco, por ser cometido por un sujeto que goza de un lugar privilegiado dentro de la sociedad. Puerto Rico establece que la malversación aparece cuando el funcionario desembolse los fondos públicos de manera contraria a la forma escrita directamente en ley, en este caso funcionario público será sancionado pena de prisión por un tiempo de 15 años, Puerto Rico emplea en mejor sentido el principio de proporcionalidad.

El código penal de España ha sufrido durante el paso del tiempo reformas, la última entró en vigor el 12 de enero del presente año, entre los artículos que han sido reformados se encuentra el que contempla el delito de malversación, estableciendo una pena prisión a quien cometa la infracción por un tiempo máximo de hasta 8 años, si el delito ha sido cometido con dolo y con ánimo de lucro. Por el contrario, si no existen tales supuestos se establece una pena de 4 años de prisión. Se analiza el principio de proporcionalidad debido a que en España al igual que muchos países pertenecientes a América Latina se han establecido penas bastante

reducidas para quienes cometan tal infracción no acatando el principio de proporcionalidad para el establecimiento de la pena.

Para establecer la proporcionalidad en una pena se deben de observar otras circunstancias, ejemplo de ello los eximentes de responsabilidad penal estas son causas por las se justifica el actuar del sujeto en la comisión de un delito “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 del sujeto activo” (Vela, 1997, p. 173), entonces para la imposición de una sanción de tipo penal se debe de realizar un estudio detenido en el que se aprecie la causa por la que se cometió un ilícito, si se encuadra dentro de un eximente de responsabilidad penal, para justificar el actuar del funcionario o empleado público.

En las legislaciones de Guatemala Costa Rica Puerto Rico y España se establece además de una pena de prisión una sanción referente a una multa, condenando en este sentido el actuar del empleado o funcionario público aplicando el principio de proporcionalidad de una manera adecuada, así mismo sanciona a que los sujetos condenados por esta acción obtengan un impedimento legal para ejercicio de un cargo público, dichas sanciones son reguladas en las legislaciones y algunas imponen sanciones leves en consideración al tipo de ilícito que cometen, pues el

sujeto pasivo en este tipo de ilícito es la misma administración pública, atentando con el mismo funcionamiento adecuado de la política gubernamental, debido a que se sobrepasan funciones propias del cargo.

En la actualidad los medios de comunicación juegan un papel importante, pues nadie escapa de los hechos de este denominado cuarto poder, medios encargados de dar a conocer a la población en general, de las investigaciones efectuadas en donde funcionarios y personas particulares han cometido hechos que son considerados delitos, así mismo situaciones en las que se evidencia el desenvolverse el delito de malversación. A razón de que son figuras públicas que están bajo el ojo público por lo tanto deben de actuar lo más apegado a las normas pues sus actos son de naturaleza pública. Estableciendo desde antes de iniciado un proceso una sujeción en los sujetos pues la misma sociedad ataca sus actos, coartando de gran manera la proporcionalidad de la pena, pues el sistema garantista constitucional y derecho penal debe velar por proteger al sujeto activo de tal hecho.

Diferencias a la proporcionalidad de la pena en el delito de malversación en Guatemala, Costa Rica, Puerto Rico y España

A continuación se establecerán marcadas diferencias en relación al delito de malversación entre Guatemala, Costa Rica Puerto Rico y España, a razón que entre una y otra legislación existen discrepancias especialmente

en el establecimiento de la pena, basándose en el principio de proporcionalidad, la cual solo cuando la conducta penada dañe un bien legítimo debe imponerse una pena, para que sirva de protección, siendo la mínima posible y no resulte desproporcionada al delito cometido, quedando para el principio de culpabilidad velar por que la punición no suponga una instrumentalización del penado, que responda a un comportamiento normalmente evitable por él, fruto del normal ejercicio de la autonomía personal (Lascurain, 2020, párr. 1).

Una marcada diferencia en el problema que atañe la presente investigación se encuentra contemplada en el plazo estipulado para el cumplimiento de la pena. Guatemala deduce una pena privativa de prisión para el funcionario o empleado público que cometa el ilícito de malversación entre dos a seis años, pudiendo ser conmutada a una pena pecuniaria por ser considerado un delito menos grave, además establece una pena accesoria consistente a una multa que va de los cien hasta un monto máximo de cien mil quetzales, aumentando dichas sanciones en caso haya entorpecimiento o daño en la prestación del servicio público, no considera la cantidad malversada, si se debe restituir, distinto a lo establecido en otras legislaciones.

Por su parte el artículo 16 de la Ley de probidad y responsabilidades de funcionario y empleado público decreto 89-2002 del Congreso de la República “No podrán optar al desempeño de empleo público quienes

tengan impedimento de conformidad con leyes específicas, en ningún caso quienes no demuestren fehacientemente los méritos de capacidad, idoneidad y honradez... e. Quienes hubieren sido condenados por los delitos de... malversación.” Contiene la prohibición a optar a cargos públicos a todas aquellas personas que han sido condenadas por varios delitos, entre ellos el delito de malversación, estableciendo que dicha negativa será únicamente por un plazo de cinco años.

El código penal de Costa Rica tipifica los delitos cometidos por funcionario público, una de las diferencias que enmarca es que contempla como sujeto activo también a particulares, gerentes o administradores de personas jurídicas privadas, las personas encargadas de la administración de bienes sea pública o privada están obligadas a orientar su gestión buscando la satisfacción de intereses públicos o privados si se administra una persona jurídica, debe demostrar rectitud y responsabilidad para el ejercicio de sus funciones conferidas por la ley. Costa Rica impone una pena de prisión comprendida entre uno a ocho años, graduando de forma más conveniente la pena en este delito, estableciendo además que en caso de causarse daño o entorpecimiento en el adecuado desarrollo se aumenta la pena al doble.

Costa Rica ha ratificado la Convención de las Naciones Unidas Contra la corrupción (2004), la que establece:

Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público, cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo (artículo 17).

El delito de malversación ha sido contemplado también por la Organización de las Naciones Unidas, demostrando la importancia que tiene el controlar la conducta también de los funcionarios y empleados públicos, pues al no existir una regulación coherente y contener sus acciones, realizan actos contrarios al beneficio de la población, vulnerando las necesidades de una población, que ha puesto las esperanzas de un país mejor en sus autoridades, situación que sucede en todas las esferas del mundo, esta es la finalidad de la convención contra la corrupción, regular los actos que realicen funcionarios o empleados, que sus actos estén apegados a derecho para que de éste modo se favorezca las finalidades de cada país, y se logre el bienestar de la población.

En la sección VI del Código Penal de Costa Rica No. 4573 (1970), establece las disposiciones comunes a los delitos contemplados por funcionarios públicos imponiendo una pena accesoria: Cuando quien cometiere los delitos contra la autoridad pública, o contra la administración de justicia o contra los deberes de la función pública fuere un empleado público o un funcionario público, quedan los jueces y tribunales facultados para imponer además de las penas consignadas en cada caso, las de inhabilitación absoluta o inhabilitación especial en el tanto que

estimen pertinente, de acuerdo con la gravedad del hecho y dentro de los límites fijados para esta pena (artículo 358).

El Código Penal de Costa Rica, contempla además de todas las sanciones establecidas una situación especial, la inhabilitación restringiendo al funcionario o empleado su capacidad para poder actuar con la investidura que ostenta, privándolo de sus funciones y excluyéndolo de la realización de más actividades relacionadas a su labor. La inhabilitación comprende normalmente la limitación del derecho a elegir y ser electo, pues le prohíbe su participación por las acciones previamente cometidas, observa una inhabilitación absoluta y especial, la diferencia que se demuestra entre una y otra, primeramente, es la cantidad malversada, mientras mayor sea la malversación, mayor será la inhabilitación que se le establece, en la cual se le vedara el derecho a ingresar nuevamente a la esfera pública por haber defraudado a la población, por lo tanto la inhabilitación en una pena especial, por los derechos que afecta.

El Centro de Información Jurídica en Línea (2010) establece:

Entonces este precepto debe de complementarse con lo establecido en los artículos 57 y 58 del citado cuerpo legal. El artículo 57 regula lo relativo a la inhabilitación absoluta, estableciendo una prohibición a optar a cargos públicos en un plazo que va de los seis meses a los doce años, a los funcionarios que incurran en conductas delictivas señaladas en la ley, estableciendo varias restricciones entre las que se encuentra, la pérdida de empleo, cargo o comisiones públicas, inclusive el derecho a ejercer sufragio, también la incapacidad de obtener cargos públicos, la privación de derechos políticos activos y pasivos, y otros. Por su parte la inhabilitación especial se regula en el artículo 58, se refiere a la imposición simultanea de dos o más restricciones de derechos o funciones determinadas en el artículo 57 (Centro de Información Jurídica en Línea, 2010, p.4).

Por su parte el Código Penal de Puerto Rico, determina una pena de reclusión entendiendo que se refiere a una pena de prisión, por un término fijo de ocho años. En el caso que el autor del delito sea un funcionario público y los fondos malversados sobrepasen los cincuenta mil dólares se sancionará la reclusión por un término de quince años, siendo éste, uno de los países que consideran como un ilícito grave el delito de malversación, y es además uno de los que duramente sanciona tal conducta, es interesante la regulación establecida debido a que establece que se sancionará aunque no haya obtenido beneficio pero que de manera directa o indirecta es la persona responsable de administrar o custodiar bienes públicos.

Puerto Rico tiene una regulación poco convencional respecto a los delitos contra la administración pública, no diferencia entre el delito de malversación y peculado, establece en el artículo 264 del Código Penal de Puerto Rico (2012) supuestos como que “...se los apropie ilegalmente, en todo o en parte; los utilice para cualquier fin que no esté autorizado o que sea contrario a la ley o a la reglamentación; los deposite ilegalmente o altere o realice cualquier asiento o registro en alguna cuenta o documento relacionado con ellos sin autorización o contrario a la ley o a la reglamentación; los retenga, convierta, traspase o entregue ilegalmente, sin autorización o contrario a la ley o a la reglamentación, o deje de guardar o desembolsar fondos públicos en la forma prescrita por ley.”

Supuestos que en otras legislaciones pertenecen al delito de peculado, porque los fondos salen de la esfera administrativa y se los apropia.

Además de las penas indicadas, impone la obligación de restituir el caudal malversado, en el artículo 58 del Código Penal de Puerto Rico (2012) se establece la restitución “...la pena de restitución consiste en la obligación que el tribunal impone de compensar a la víctima los daños y pérdidas que le haya ocasionado a su persona o a su propiedad, como consecuencia del delito. La pena de restitución no incluye sufrimientos y angustias mentales”. Al tenor de este artículo se obliga al funcionario público a reponer aquellos bienes malversados, considerando que en esta situación la víctima a la que se debe compensar es la misma administración pública, estableciendo entonces una pena accesoria de multa, con la misma finalidad que la establecida a Guatemala, pero siendo más severa en la imposición. Este delito no permite el beneficio de la conmuta, según regulación puertorriqueña.

En el artículo 432 del Código Penal de España, se establece el delito de malversación, así mismo la pena, España considera tal delito como un delito menor, considerando una marcada diferencia con la regulación guatemalteca se sustenta en que se impondrá una inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años, Guatemala contempla la inhabilitación para optar a cargo público por el tiempo establecido de 5

años. Además, tipifica distintas clases de malversación. Es importante hacer mención que en caso de comprobarse el entorpecimiento a las funciones penales se agrava la sentencia y se impone una inhabilitación por un período de hasta cincuenta años, situación novedosa en la regulación porque restringe derechos fundamentales por un tiempo prolongado.

Mora por su parte menciona:

A tenor del artículo 72.2 que se refiere a la Ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, se considera malversación de caudales o efectos públicos, a la sustracción o el consentimiento para que esta se verifique y se realice, o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tenga a su cargo. La disposición final 2º de la Ley Orgánica 10/95 del Código Penal reduce el articulado de la malversación de caudales públicos pasando a denominarla simplemente malversación, extrapolando al ámbito competencial del Tribunal de cuentas las conductas consistentes en: a) el abandono o la negligencia inexcusable del funcionario o empleado que diera lugar a la sustracción de caudales, b) La de dar a los caudales públicos una aplicación pública diferente a la que debieran estar destinados c) La de no hacer pagos como tenedor de Fondos del Estado cuando debió hacerse. Lo anterior, no impide aun que en los pronunciamientos sobre responsabilidades civiles contenidos en sentencias penales el Tribunal de Cuentas se pronuncie sobre la responsabilidad contable. (Mora, s.f., párr. 2).

Tabla 1

Comparación del delito de malversación entre Guatemala, Costa Rica, Puerto Rico y España.

Regulación	Penas	Inhabilitación	Penas accesorias
Guatemala,	La pena la establece con prisión entre los 2 a 6 años, pena que puede ser conmutable.	Para optar a cargo público por un tiempo de 5 años.	Multa que va de los Q.100.00 a los Q.1000.00
Costa Rica	La pena se impone con prisión de 1 a 8 años.	Absoluta o especial por un período entre 6 meses a 12 años.	No aplica
Puerto Rico	Impone una pena de prisión de 8 años, si la cantidad malversada supera los cincuenta mil dólares, la pena a imponer es de 15 años.	No aplica	Impone la pena de restitución graduada según lo malversado.
España	Penas de prisión por un plazo de 2 a 6 años.	Para desempeñar cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.	No aplica

La tabla presentada esquematiza las diferencias entre las legislaciones de los distintos países sujetos al presente análisis, en él se observan de manera sistematizada y puntual lo relativo a la pena y la aplicación del principio de proporcionalidad en el delito de malversación.

Operatividad del principio de proporcionalidad de la pena en el delito de malversación en Guatemala, Costa Rica, Puerto Rico y España

La proporcionalidad en el delito de malversación en Guatemala se diferencia al resto de países sujetos al presente estudio, pues la pena que se establece se encuentra entre 2 a 6 años, puede ser conmutable, y no tiene otra repercusión en el funcionario o empleado público, por otro lado en Costa Rica se establece una pena más grave comprendida entre 1 a 8 años, que es una marcada diferencia a consideración con el de Guatemala, Puerto Rico impone sanciones más severas estableciendo hasta una condena de 15 años observando el principio de proporcionalidad, pues impone esta pena si se han malversado más de cincuenta mil dólares. Por su parte España impone una pena especial a diferencia de Guatemala que solo impone una pena especial de 5 años.

El principio de proporcionalidad ha operado de manera eficiente en los países sujetos a investigación, si éstos han aplicado correctamente las penas y que deficiencias o debilidades se han encontrado, debido a la diferencia que existe entre las legislaciones, se observa la manera más

efectiva y eficiente en la que Guatemala debería de regular éste delito, en consideración del sujeto que comete el delito, y la perspectiva con la que queda la población al conocer delitos cometidos por funcionarios públicos que abusan de su cargo y cometen actos propios a la corrupción lesionando la administración pública y afectando a la población en general, es por ello que se hace necesario una regulación distinta en el país.

Actualmente se han presentado casos relacionados al delito que aqueja el presente artículo especializado, delito por el cual el Ministerio Público, directamente en la fiscalía contra la corrupción, ha logrado ligar a proceso a funcionarios que han actuado de manera desleal y basándose en la superioridad jerárquica que tienen cometen actos deshonestos y deshonorosos en contra de la administración pública, pues el erario que manejan ha sido utilizado de manera diferente a la planeación estatal. Según esta fiscal los erarios han sido obtenidos a través de créditos otorgados a las corporaciones municipales destinado a proyectos de inversión, a entidades políticas que deben velar por el bienestar de la población.

Un caso relacionado a este delito se presenta en el occidente del país, en donde fondos destinados a la inversión y ejecución de proyectos de ampliación de redes y líneas eléctricas, construcción de puentes vehiculares, mejoramiento de caminos rurales, sin embargo, el 21 de

agosto del 2015 erogaron el crédito monetario para aprobar contratos personales. Dando un uso diferente al establecido, por este actuar dicha fiscalía logró una sentencia condenatoria de 2 años de prisión inconvertibles por el delito de malversación y multa de veinte mil quetzales, en el presente caso, se impuso una condena mínima para el funcionario que cometió dicho ilícito y la multa de veinte mil quetzales, sin la observancia que la cantidad malversada era elevada.

Se debe recordar que según regulación de la Ley de probidad y responsabilidades de funcionario y empleado público decreto 89-2002 del Congreso de la República también impone la prohibición a optar a cargo público por haber sido condenado en un plazo de 5 años, Es entonces de esta forma que opera el principio de proporcionalidad en la pena en Guatemala, en el delito de malversación las penas son mínimas o bajas al tenor de lo que los funcionarios administran, no se imponen penas que sean equiparables a la acción cometida, pues el agravio lo cometen contra el correcto funcionamiento del Estado, distraendo las funciones importantes tales como educación, salud, seguridad, infraestructura, debilitando aun más la confianza en funcionarios públicos.

En Costa Rica, casos actuales están en investigación respecto al delito que atañe el presente artículo especializado. Pero desde el año 2011, no se emite alguna sentencia por el delito de malversación, lo que denota que al aplicar penas severas se puede persuadir a cometer tal ilícito. La

malversación es un delito de peligro de resultado material. Se consuma con la efectiva aplicación de los caudales, bienes, servicios o fondos públicos a un destino distinto a los asignados por la ley. Por lo que la operatividad del delito de proporcionalidad aplica en la psiquis del delincuente, pues al conocer la pena que podría enfrentar, decide actuar lo más apegado a derecho y a la rectitud posible, evitando que se consuma así el delito.

El confidencial (2023) menciona:

En España la reforma penal de la malversación establece tres supuestos diferenciados de malversación y reduce sensiblemente las penas previstas hasta el momento en casos de desvíos de fondos públicos cuando estos no van destinados a un lucro directo y personal. Las bajadas más acusadas se producen en el desvío de fondos del erario para emplearlos en una aplicación diferente a la que estuviera prevista en un inicio. Además, introduce atenuantes y reducciones en los supuestos en que se reintegren las cantidades desviadas y obliga a los tribunales a determinar si la conducta produjo una grave perturbación del servicio. Si esta no queda demostrada, las penas aparejadas se limitan a la inhabilitación (párr. 6).

En el año 2022 se aprobó una reforma en dicho cuerpo legal con relación al delito de malversación, este debe de cumplir con tres condiciones primeramente una apropiación de los fondos estatales por parte del autor, en segunda instancia el uso de los erarios públicos con relación a la calidad de funcionario o empleado público, y como tercer supuesto el uso distinto del mismo fondo estatal, o un desvio de los fondos del Estado, al contemplarse en una acción estos tres supuestos, es cuando puede tipificarse en el delito de malversación, siendo penada levemente, a no ser que en el desarrollo del ilícito penal se entorpezca el correcto

funcionamiento de la actividad del Estado, situación que agrava la pena. Con lo anterior, se manifiesta que la custodia del funcionario público por el patrimonio nacional ha sido deficiente y como todo acto humano debe ser castigado de manera ejemplar, pues sus decisiones y actos afectan a una multitud en particular.

Aporte jurídico a la legislación guatemalteca

En el presente apartado se desarrollará lo relativo a la necesidad de considerar en la legislación guatemalteca, una eficiente aplicación al principio de proporcionalidad, al realizar el análisis del delito de malversación se concluyó que no se atiende a tal principio, en consecuencia, es preciso considerar la imposición de una pena o sanción mayor a la actual regulada; para ello primeramente es obligatorio contemplar todos los elementos que tipifican el ilícito de malversación, atendiendo primeramente la teoría formal del delito, desde el momento de la concepción del comiso por el sujeto activo, hasta el momento en la que la acción es consumada, todos éstos componentes deben ser valorados por el legislador cuando imponga el supuesto y la sanción.

Entonces, al considerar las nociones anteriormente mencionadas, se deduce una modificación al encuadramiento del ilícito que sustenta el presente artículo especializado. Contemplando una modificación sustancial en el sujeto activo, éste se regula únicamente como el hecho

cometido por funcionario o empleado público, apreciado como un delito especial, ya que es cometido por una persona con una calidad exclusiva, de tal efecto es necesario rectificar tal situación, que el sujeto activo se encuadre de manera amplia, pues no solo un funcionario o empleado público tiene a su cargo la guarda y custodia de bienes que no le pertenecen, sino también se hace necesario incluir a aquellas personas que administren los recursos de terceros y de personas jurídicas privadas, quienes también pueden cometer este hecho indebido.

Los supuestos actuales en el delito de malversación ya no acatan las exigencias actuales del derecho penal, debido a que hoy por hoy las causas de malversación y otras formas de corrupción son los ilícitos más cometidos por los funcionarios públicos del país, personas que conocen las normas legales, y que a sabiendas de su actuar, desvían fondos del Estado ya sea por propio interés o no, teniendo así consumando el acto. A sabiendas que la pena que deberán cumplir por cometer tal hecho es irrelevante en comparación a las captaciones monetarias o de cualquier índole que estos conseguirán actuando de forma corrupta, dilatando la verdadera finalidad de la administración pública, coartando los fines y objetivos de la misma.

Como segundo punto es importante graduar idóneamente la pena en este delito, apreciando adecuadamente la condena, ello debido a que la pena principal de prisión se establece en un plazo de uno a seis años, estimando

tal sanción como una pena leve; si se verifica que se utiliza el cargo público que se desempeña, para defraudar la administración pública, se determina que ha abusado de la confianza depositada por la población y el Estado en él. Se debe considerar entonces la posibilidad de transformar tal delito a un delito grave sancionando con severidad tal acción imponiendo una pena de prisión más alta a la regulada, esto con la finalidad de marcar un precedente y demostrar que las normas han sido promulgadas para beneficio de la mayoría, no para beneficiar a los funcionarios del país.

Unido a la situación de la pena principal de prisión, también se contempla una pena accesoria de multa, se considera que esta sanción es efectiva, pero debe ser reajustada de mejor forma, pues establece una pena monetaria que va de los cien a un mil quetzales, para considerar la imposición de este tipo de sanción, se debe examinar la cantidad monetaria malversada, estimando el daño que le producen a los distintos rubros administrativos, atentando así, contra la funcionalidad del Estado. Pues a raíz de todos los actos de malversación y corrupción la deuda pública externa del país se ha incrementado, ya que se necesita de alguna manera suplir el erario malversado, debido al impacto social por el comiso de este delito es evidente.

La Ley de Probidad de responsabilidad de funcionarios y empleados públicos establece una regulación sobre la prohibición que debe aplicarse al funcionario o empleado público al ser condenado por el delito de malversación, imponiendo una prohibición para optar a cargos públicos por un período de cinco años, al ser el derecho penal garantista impone sanciones mínimas a quienes cometen ilícitos, de ello el resultado que las penas no sean proporcionales a los delitos, de ello se desprende esta normativa, pues se necesita prohibir y establecer una sanción rigurosa para el funcionario que cometa el delito, aumentando el tiempo en el que este no puede fungir como funcionario público, debido a que actualmente, esperan los 5 años de inhabilitación y buscan el ingreso nuevamente a la esfera pública.

Por último, se hace necesario establecer una restitución de los caudales malversados, pues de no establecer esta sanción los caudales públicos no vuelven a la condición que tenían en su inicio, afectando la ejecución del presupuesto nacional, reduciendo rubros que de por sí son elementales y necesarios para el efectivo funcionamiento de la administración pública, la cual debe responder a las necesidades e intereses de una población. Con la presente propuesta se busca una regulación adecuada al delito de malversación, a raíz de la importancia que tienen los bienes y erarios públicos al desenvolvimiento natural de los fines del gobierno y la política administrativa.

Se propone una modificación en la forma de tipificación del delito de malversación, como respuesta a la realidad actual en la que vive el país, debido al incremento de casos relativos a delitos tales como el delito de malversación o peculado, entre otros, considerando que es necesaria la imposición de penas rígidas a los empleados o funcionarios públicos que transgredan la confianza estatal, vulnerando en tal caso la soberanía del pueblo, en atención a que en países latinoamericanos así mismo como en España, la regulación de manera proporcional a coadyuvado a realizar casos de corrupción, en donde se fiscaliza y se utiliza de manera ineficiente las arcas del Estado, entorpeciendo así la finalidad del Estado es decir conseguir el bien común, en las cuales se deben establecer penas relacionadas al comiso realizado y así mismo garantizar una restitución.

De tal virtud se pretenden conseguir cambios en la legislación, los que se resumen. I. Que se reformulen los supuestos específicos en el delito de malversación y se incluyan a todas aquellas personas particulares que administran fondos de terceros o de cualquier persona jurídica, para tipificar de manera eficiente al sujeto activo en el delito. II. Adecuar la figura de malversación a las exigencias propias del derecho penal vigente. III. Atender el principio de proporcionalidad y de este modo, ajustar la pena que se impone en el delito de malversación, el actual artículo 447 del Código Penal del Congreso de la República, decreto 17-73, en atención al daño cometido y a la cantidad malversada, graduando así la pena.

IV. Establecer una regulación congruente al aprobar la pena accesoria, en este caso la pena de multa, la cual se debe imponer proporcionalmente con la cantidad que el funcionario público malversó. V. Se hace necesario también instaurar una norma que aplique la restitución de manera coherente, en atención al caudal malversado, y al ser el derecho penal garantista, esta regulación debe atender la situación económica del imputado. VI. Aunque la legislación vigente regula una sanción especial, como lo es la inhabilitación, debe de estar regulada de manera exigente y rigurosa, estableciendo un plazo superior al derecho a optar a cargo público, por quienes han sido condenados a este delito, para que de este modo se le restrinjan algunos derechos políticos.

Conclusiones

En relación con el objetivo general que se refiere a comparar la proporcionalidad de la fijación de la pena en el delito de malversación en Guatemala, Costa Rica, Puerto Rico y España para establecer si existen semejanzas y diferencias se concluye que, existen marcadas diferencias en el establecimiento de la pena, tanto en Guatemala como en los países sujetos al estudio, por ende en la aplicación del principio de proporcionalidad, contiene puntos que hacen parecidas las penas en dicho delito, pero también existen elementos que distan este punto, pues hay países que sancionan de manera flexible y en otros de manera rígida este delito.

El primer objetivo específico que consiste en examinar la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena en el delito de malversación en Guatemala, al realizar el presente trabajo de investigación, se arribó a la siguiente conclusión que Guatemala tiene una leve aplicación de tal principio, debido a que con el transcurso del tiempo los legisladores han promulgado normas que han mitigando la condena por el delito de malversación, ejemplo de ello la sentencia de la Corte de Constitucionalidad 4099-2020 que reduce el delito a un ilícito menor que puede ser conmutable.

Con relación al segundo objetivo específico que consiste en analizar el principio de proporcionalidad de la pena en el delito de malversación en Costa Rica, Puerto Rico y España, se concluye que estos países regulan diferentemente el delito, estableciendo un correcto balance entre la pena y el delito, tal como lo establece dicho principio. Coadyuvando en gran manera la corrupción en los países pues las penas son más severas en comparación a Guatemala.

Referencias

- Bustos, J. (1994). *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Conosur.
- Castillo Martínez, J. I. (2006). *Despenalización del delito de malversación en Guatemala*.
- Centro de Información Jurídica en Línea. (2013). *La pena de Inhabilitación*. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MzYzMw==>
- Conde, F. M. (2004). *Teoría general del delito*. Temis S.A.
- De Paz Carrillo, R. R. (2014). *Principios fundamentales en la determinación judicial de la pena*. [Tesis de licenciatura, Universidad San Carlos de Guatemala]. Biblos Usac. http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_12044.pdf
- El vocero -12. (12 de septiembre de 2022). *Oficina del Contralor* . <https://www.ocpr.gov.pr/articulos/diez-anos-bajo-la-sombra-de-la-corrupcion/>
- Fraga, G. (1981). *Derecho Administrativo* . Porrúa.

Goldstein, R. (1978). *Diccionario de derecho penal y criminología*. Astrea.

Lascurain, J. A. (12 de 03 de 2020). *Almacen del derecho*. Recuperado el 23 de marzo de 2023 de <https://almacenederecho.org/el-principio-de-culpabilidad-seis-retos>

Mora, G. M. (s.f.). *V/Lex*. <https://vlex.es/vid/comentario-articulo-codigo-penal-206722621>

Puig, S. M. (2006). *Derecho penal: Parte general*. Reppertor.

Olivares, G. Q. (1982). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.

Real Academia Española. (2005). En *Diccionario prehispanico del español jurídico*. Recuperado el 23 de abril de 2023 de <https://dpej.rae.es/lema/delito-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%BAblica>

Sánchez, P. G. (2011). Los delitos de cuello blanco. *De interés profesional*. Recuperado el 23 de marzo de 2023 de <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DialnetLosDelitosDeCuelloBlanco-3816236.pdf>

Sánchez, J. M. (2007). *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) : Un primer esbozo*. Indret: <https://indret.com/la-teoria-de-la-determinacion-de-la-pena-como-sistema-dogmatico-un-primer-esbozo/>

Universidad de San Carlos de Guatemala. (noviembre de 2020). *Revista la teoría de la pena y sus particularidades*. Recuperado de <http://posgradoderecho.usac.edu.gt/recursos/REVISTA%20Teor%C3%ADa%20de%20la%20Pena%20PETEN.pdf>

Legislación Nacional

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

Congreso de la República de Guatemala. (1973). *Código Penal*. Decreto número 17-73.

Congreso de la República de Guatemala. (2002). *Ley de probidad y responsabilidades de funcionarios y empleados públicos*. Decreto número 89-2002.

Congreso de la República de Guatemala. (2012). *Ley Contra la Corrupción*. Decreto número 31-2012.

Legislación Internacional

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1996). *Convención Interamericana contra la Corrupción.*

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2003). *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.*

Asamblea Legislativa de Puerto Rico. (2012). *Código Penal de Puerto Rico.* Ley número 146.

Jefatura del Estado de España. (1995). *Código Penal.* Ley Orgánica 10/1995.

Jefatura del Estado de España. (1988). *Ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas.* Ley 7/1988.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1970). *Código Penal de Costa Rica.* No. 4573.

Sentencias

Corte de Constitucionalidad. (2 de septiembre de 2021). *Sentencia de inconstitucionalidad general parcial*. Expediente 4099-2020.
<https://gt.vlex.com/vid/sentencia-corte-constitucionalidad-expediente-876124220>