

06/03/2015 – PENAL

675-2014

Doctrina

Cuestión prejudicial

Casación por motivo de fondo: Inexistencia de cuestión prejudicial cuando, las acciones de los integrantes de un Consejo Municipal, consistieron en, aprobar y autorizar el pago a una empresa privada por gestiones de financiamiento de un préstamo bancario realizado por la municipalidad, en cuyo caso, pactaron que la única entidad encargada de realizar gestiones de intermediación financiera, era el Instituto de Fomento Municipal (INFOM), acciones que para poder continuar, no necesitan agotar la vía administrativa, porque no se discuten infracciones o incumplimiento de contrato.

Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal. Guatemala, seis de marzo de dos mil quince.

I.- Se integra con los suscritos. II. A la vista para resolver el recurso de casación por motivo de forma, interpuesto por el Ministerio Público contra el auto de fecha ocho de mayo de dos mil catorce, dictado por la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones del departamento de Petén, en el proceso penal que por el delito de peculado se instruyó contra los sindicados Sebastián Seb Quim y Próspero Manuel Quisque, quienes actúan con el auxilio del abogado Werner Ortiz Quevedo. En representación del Ministerio Público compareció la abogada Aura Marina Tuquer Ixcoy. No se constituyó querellante adhesivo ni se ejerció la acción civil.

Antecedentes

A)- Hecho acusado: Sebastián Seb Quim (consejal cuarto) y Próspero Manuel Quisque (consejal primero), miembros del Consejo Municipal de la municipalidad de Sayaxché del departamento de Petén, dentro del período del año dos mil cuatro al dos mil ocho, con fecha diecisiete de marzo de dos mil seis, en sesión ordinaria según acta número dieciséis guion dos mil seis, punto segundo y tercero,

aprobaron y justificaron la conveniencia de gestionar un préstamo bancario en el Banco Inmobiliario, Sociedad Anónima, por ocho millones de quetzales para la ejecución de un proyecto de un Centro Comercial, en donde aparece el Instituto de Fomento Municipal (INFOM), como la única entidad autorizada para realizar las gestiones de intermediación financiera. No obstante, por ese mismo trabajo le realizaron pagos a Crista Eugenia María Castañeda Torres, a través de su empresa "ASEF", extremo que fue autorizado por sindicatos Sebastián Seb Quim y Próspero Manuel Quisque, en la comisión de cotización, que en la misma fecha (con fecha diecisiete de marzo de dos mil seis) adjudicaron a favor del oferente (empresa "ASEF"), hacerse cargo de la gestión y financiamiento del referido préstamo bancario a favor de la municipalidad.

La empresa "ASEF" al momento de ofertar presentó su propuesta ante el Consejo Municipal en la cual cobraría el ocho por ciento en concepto de honorarios profesionales de asesoría y gestión de financiamiento por el préstamo, por lo que, dicha empresa recibió la cantidad de seiscientos cuarenta mil quetzales, a pesar de que, en la escritura en la que se pactó el préstamo bancario la referida empresa no intervino, sino únicamente el Instituto de Fomento Municipal (INFOM), la Municipalidad y el Banco Inmobiliario, Sociedad Anónima que prestó el dinero, de esa cuenta, los sindicatos autorizaron el pago del proyecto con fondos municipales a la empresa por servicios que nunca prestó, excediéndose en sus funciones como miembros del Consejo Municipal.

B) Fallo de primer grado. El Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, Civil, Laboral y de Familia del municipio de la Libertad, Petén, declaró con lugar la cuestión prejudicial planteada por los sindicatos.

El *a quo* razonó que, el derecho penal debe ser la última *ratio* y siendo que en el caso sometido a proceso penal, no fue agotada la vía administrativa establecida en los artículos 102 y 103 de la Ley de Contrataciones del Estado, que establecen que, previamente a iniciar las acciones penales debe agotarse la vía administrativa o proceso contencioso administrativo, inclusive el arbitraje, cuando emanen de controversias contractuales, por lo que al no existir hallazgos por parte de la

Contraloría General de Cuentas, es procedente declarar con lugar la petición de obstáculo a la persecución penal.

C) Recurso de apelación. El Ministerio Público interpuso recurso de apelación. Como norma vulnerada denunció los artículos 12 y 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 3, 5 y 11 bis del Código Procesal Penal.

Arguyó que, el *a quo* se equivocó al resolver de la forma que lo hizo, toda vez que, la acción penal pretendida no depende de una cuestión prejudicial, ni tiene esas características, porque las acciones ejecutadas por los sindicatos son hechos que integran el delito de peculado, lo que da lugar a la persecución penal.

El hecho punible se verificó porque, como funcionarios públicos tienen la obligación de velar porque el dinero municipal sea correctamente utilizado, y por el contrario, consintieron la sustracción de seiscientos cuarenta mil quetzales, de la municipalidad de Sayaxché, del departamento de Petén, al pagarle dicho monto a una empresa privada por servicios que nunca fueron prestados, pues, la intermediación financiera contenida en la escritura del crédito por ocho millones solicitado por la municipalidad al Banco Inmobiliario, Sociedad Anónima, fue ejercida con exclusividad por el Instituto de Fomento Municipal (INFOM) y no por empresa privada alguna, motivo por el cual, no se justifica que hayan autorizado dicho pago, acciones que encuadran en el delito de peculado.

Además, según el informe de la Contraloría General de Cuentas, el dinero objeto del préstamo, solamente podía ser utilizado para financiar la planificación, programación y ejecución de obras o servicios públicos municipales, o la ampliación, mejoramiento de los existentes, por lo que no podían ser utilizados para financiar gastos corrientes u operativos.

En ese sentido, no correspondía declarar con lugar la cuestión prejudicial, pues para probar los hechos está el proceso penal en sus distintas etapas, motivo por el cual, debe declararse con lugar el recurso de apelación.

D) Fallo de segundo grado. No acogió el recurso. La Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones del departamento de Petén, confirmó el auto impugnado, razonando que: *“Quienes juzgamos en esta instancia consideramos que el caso que actualmente se analiza es complicado porque lo que se está imputando a los*

sindicados ya mencionados es el hecho de haber pagado una comisión a la señora Chista Eugenia María Castañeda Torres para la gestión de un préstamo a favor de la Municipalidad de Sayaxché del departamento de Petén, lo cual según la institución encargada de la persecución penal era innecesario e ilegítimo y al haber aprobado dicha situación los miembros del consejo municipal, incurrieron en el delito de Peculado; como puede apreciarse, para poder establecer que realmente procede una persecución penal y llevar a la corporación municipal (...) a un proceso penal, es necesario e indispensable que previamente se pueda determinar que el pago que se cuestiona (...) sea ilícito, y para ello es necesario que se agoten los procedimientos administrativos, que corresponda, en especial en la Contraloría General de Cuentas de la Nación, institución que tendría que establecer si puede conocer del caso de mérito y si así fuere si puede sancionar a los responsables o lo denunciado debe ser conocido por los tribunales de justicia de materia Penal. Es importante mencionar que en el caso que nos ocupa también se encuentra en entredicho la Autonomía Municipal la cual no puede ser superior a la ley ni a nuestra legislación vigente pero en relación al caso que ahora nos ocupa, se encuentra regulado precisamente que tendría que ser la Contraloría General de Cuentas de la Nación quien determine si lo denunciado se encuentra dentro de los límites legales o si por el contrario se abusó de las facultades que le confieren nuestra Constitución y Leyes ordinarias y en su caso si hubiere necesidad de una sanción si ésta debe ser administrativa o judicial.”.

II. Recurso de casación

El Ministerio Público interpuso recurso de casación por motivo de fondo y señaló como caso de procedencia el numeral 5 del artículo 441 del Código Procesal Penal. Como norma vulnerada citó el artículo 445 del Código Penal.

Expresó que, la Sala impugnada se equivocó al confirmar el auto que declaró con lugar la cuestión prejudicial a favor de los sindicados por el delito de peculado, pues los sindicados como integrantes del Consejo Municipal del municipio de Sayaxché del departamento de Petén, tenían dentro de sus funciones velar por la integridad del caudal municipal. En el caso discutido, no cumplieron con esa función al aprobar en acta de fecha dieciséis de marzo de dos mil seis, la

adjudicación de la gestión de financiamiento de crédito a una empresa privada, pagándole la suma de seiscientos cuarenta mil quetzales, sin que se prestaran dichos servicios por el préstamo de ocho millones de quetzales a una entidad bancaria.

Tales hechos son constitutivos de delito y ameritan continuar la vía penal, según lo regulado en el artículo 445 del Código Penal, pues por mandato constitucional, corresponde al Organismo Judicial conocer de la existencia de delitos o faltas, y a la Contraloría General de Cuentas de la Nación, la fiscalización de los ingresos y egresos en general de todo interés hacendario, por lo que, el ejercicio de la acción penal le corresponde al Ministerio Público. En ese sentido, debe declararse con lugar el presente recurso.

III. Alegaciones en el día de la vista

El diecisiete de febrero de dos mil quince, a las catorce horas, fue señalado para la celebración de la vista pública. El Ministerio Público reemplazó su participación por escrito, reiterando los argumentos expuestos en el memorial inicial. Los procesados comparecieron a la vista, quienes fueron representados por su abogado, manifestando que, se declare sin lugar el recurso planteado.

Considerando

-I-

La cuestión prejudicial, establecida en el sistema jurídico guatemalteco como un obstáculo a la persecución penal, procede cuando el establecimiento y persecución del hecho delictivo depende del juzgamiento previo y en otra competencia por razón de la materia, de algún aspecto vinculante y desconocido por la competencia penal.

-II-

Teniendo en cuenta que en el delito de peculado concurren dos aspectos básicos, por una parte el quebrantamiento al correcto ejercicio de la función pública y por otro lado, la afectación al patrimonio público, se tendría que estudiar el mismo desde tres perspectivas axiológicas: como un delito de carácter meramente patrimonial, como un delito que se agota en el correcto funcionamiento de la administración pública o como un delito de naturaleza pluriofensiva.

El artículo 38 de la ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas establece que: *“Infracción, es toda acción u omisión que implique violación de normas jurídicas o procedimientos establecidos de índole sustancial o formal, por parte de los servidores públicos u otras personas individuales o jurídicas sujetas a verificación por parte de la Contraloría General de Cuentas sancionable por la misma, en la medida y alcances establecidos en la presente Ley u otras normas jurídicas, **con independencia de las sanciones y responsabilidades penales, civiles o cualquier otro orden que puedan imponerse o en que hubiere incurrido la persona responsable.**”*. (El resaltado no es del texto original).

Con relación a la controversia suscitada, el artículo 7 del Código Municipal, reformado por el artículo 35, del Decreto Número (veintidós guión dos mil diez) 22-2010 del Congreso de la República, establece que: **“Son atribuciones del Consejo Municipal:** (...) e) *El establecimiento, planificación, reglamentación, programación, control y evaluación de los servicios públicos municipales, así como las decisiones sobre las modalidades institucionales para su protección, teniendo siempre en cuenta la preeminencia de los intereses públicos;* f) *La aprobación, control de ejecución, evaluación y liquidación del presupuesto de ingresos y egresos del municipio, concordancia (sic) con las políticas públicas municipales...*”.

(La negrilla no es propia del texto original).

Por su parte, el *ad quem* convalidó el auto que declaró con lugar la cuestión prejudicial, expresando que, previamente a iniciar las acciones penales por el delito de peculado, es necesario que se determine el pago que se cuestiona, a través de los procedimientos administrativos que correspondan, en especial por la Contraloría General de Cuentas, institución que tendría que establecer si puede conocer del caso de mérito y si se puede sancionar a los responsables en materia penal.

Al realizar el estudio de rigor se encuentra que, el artículo 102 de la Ley de Contrataciones del Estado preceptúa que: *“... toda Controversia (sic) relativa al incumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los actos o resoluciones de las entidades (...) así como en los casos de controversias derivadas de contratos*

administrativos, después de agotada la vía administrativa y conciliatoria, se someterán a la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.”.

Dicho precepto legal, se encuentra concatenado con el artículo 103 del mismo cuerpo legal, al regular que: *“Si así lo acuerdan las partes, las controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la aplicación de la presente ley, se podrán someter a la jurisdicción arbitral mediante cláusula compromisoria o arbitral. Toda controversia relativa al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la aplicación de la presente ley, se someterá a la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo o a la jurisdicción arbitral mediante clausula compromisoria o convenio arbitral. No se podrá iniciar la vía penal, sin la previa conclusión de la vía administrativa o del arbitraje.”.* De la lectura de las transcripciones anteriores, se puede apreciar que, las mismas son categóricas, es decir, delimitan los casos en que, es requisito *sine qua non* agotar la vía administrativa para poder iniciar las acciones penales.

En el presente caso, los hechos atribuidos a los sindicatos consisten en que, en acta del año dos mil seis, acordaron la gestión de financiamiento de un préstamo bancario que hiciera la municipalidad de Sayaxché, del departamento de Petén, al Banco Inmobiliario, Sociedad Anónima, por ocho millones de quetzales, en el cual, acordaron que la única entidad autorizada para realizar las gestiones de intermediación financiera era el Instituto de Fomento Municipal (INFOM), gestión por la cual, la municipalidad le realizó pagos a la empresa ASEF.

De esa cuenta, las acciones realizadas por los encartados no se justifican, pues el hecho de aprobar y autorizar a la municipalidad para que realizara el pago por seiscientos cuarenta mil quetzales a una empresa privada ASEF, por el mismo trabajo que efectuó el Instituto de Fomento Municipal (INFOM), no puede ser ventilada en la vía administrativa, ya que, conforme lo establecido en los artículos *Ut supra*, el tema en discusión no se refiere a infracción, incumplimiento, interpretación, efectos o contenido de contratos, sino, el quid de la discusión es la aprobación y autorización de pago consentida por los encartados para que la municipalidad realizara la cancelación a la empresa privada por concepto de

asesoría financiera y gestión de financiamiento del préstamo bancario, y dada la función que ellos ejercían, tenían la obligación de velar porque no se sustrajeran fondos municipales, lo que conlleva la correcta administración del tesoro municipal y no cumplieron con ello.

Por lo que, para continuar con las acciones penales en su contra no es necesario agotar la vía administrativa, ya que, al Organismo Judicial le está facultado por medio del proceso penal, declarar si existe o no delito alguno; proceso en el cual, los sindicados tienen la oportunidad de hacer uso del contradictorio y ejercer el derecho constitucional de defensa.

Por lo mismo, el recurso de casación con base en el numeral 5 del artículo 441 del Código Procesal Penal, debe declararse procedente.

Leyes aplicables

Artículos citados y: 1, 2, 12, 14, 17, 203 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 3, 4, 11, 11 Bis, 14, 17, 20, 21, 37, 43 numeral 8), 50, 160, 166, 437, 438, 439, 441, 442 y 447 del Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República y sus reformas; artículo 4 y 10 de la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos; 16, 57, 58 inciso a), 59, 74, 76, 77, 79 inciso a), 141, 142, 143 y 149 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República y sus reformas.

Por tanto

La Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, con base en lo considerado y leyes aplicadas, al resolver **declara: I. Procedente** el recurso de casación por motivo de fondo, interpuesto por el Ministerio Público contra el auto de fecha ocho de mayo de dos mil catorce, dictado por la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones del departamento de Petén. **II. Casa** la resolución impugnada y en consecuencia: **a)** anula el auto impugnado, y declara sin lugar la cuestión prejudicial decretada por el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, Civil, Laboral y de Familia del municipio de la Libertad, Petén, el nueve de abril de dos mil catorce; **b)** continúese con el trámite de las acciones penales iniciadas contra los sindicados Sebastián Seb Quim y Próspero Manuel Quisque,

como integrantes del Consejo Municipal de Sayaxché, del departamento de Petén, por los hechos imputados. **III.** Vuelvan las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, Civil, Laboral y de Familia del municipio de la Libertad, Petén, para que prosiga el trámite del proceso de conformidad con la ley. Notifíquese y con certificación de lo resuelto, vuelvan los antecedentes a donde corresponda.

Blanca Aída Stalling Dávila, Magistrada Vocal Octava; Delia Marina Dávila Salazar, Magistrada Vocal Cuarta; Ranulfo Rafael Rojas Cetina, Magistrado Vocal Décimo Segundo; José Antonio Pineda Barales, Magistrado Vocal Décimo Tercero; María Cecilia De León Terrón, Secretaria de la Corte Suprema de Justicia



CENTRO NACIONAL DE ANÁLISIS Y DOCUMENTACIÓN JUDICIAL