



# Informe de Investigación

## TÍTULO: DELITO DE MALVERSACIÓN

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Penal	<b>Descriptor:</b> Derecho penal especial
<b>Tipo de investigación:</b> Compuesta	<b>Palabras clave:</b> Elementos del tipo de malversación, configuración del delito de malversación, acción civil resarcitoria en el delito de malversación.
<b>Fuentes:</b> Doctrina Normativa Jurisprudencia	<b>Fecha de elaboración:</b> 10/2010

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1. RESUMEN.....</b>	<b>1</b>
<b>2. DOCTRINA.....</b>	<b>2</b>
a) La malversación de caudales públicos.....	2
b) Definición de malversación.....	5
<b>3. NORMATIVA.....</b>	<b>6</b>
a) Código Penal.....	6
<b>4. JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>7</b>
a) Elementos y configuración del delito de malversación.....	7
b) Distinción entre los delitos de peculado y malversación.....	10
<b>5. PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. . .</b>	<b>11</b>
a) Sobre la acción civil resarcitoria que puede interponer el estado en el procedimiento penal sobre malversación.....	11

### 1. RESUMEN

El presente informe de investigación contiene una recopilación de información sobre el delito de malversación, se incluye doctrina nacional y la normativa vigente del Código Penal que lo tipifica, así como citas jurisprudenciales al respecto.



## 2. DOCTRINA

### a) La malversación de caudales públicos

[MONTENEGRO TREJOS]<sup>1</sup>

*“La doctrina, tratándose de los delitos en daño de la Administración Pública, reconoce una diferencia entre los cometidos por funcionarios y aquellos que tienen por agentes a particulares. No voy ahora a entrar al análisis de esa diferencia porque no tiene mayor importancia para lo que aquí persigo. Oportunamente, al hablar de la responsabilidad de los funcionarios ante el Estado, podrá advertirse la diversa gravedad que existe entre los hechos cometidos por unos y otros.-*

*Representa la malversación una ofensa a la Administración cometida por empleados o funcionarios públicos; están fuera de ella, por así decirlo, los particulares.- Tengo de este modo citadas dos características propias de la malversación: que se trata de un ataque a la Administración en su reglón patrimonial y que éste lo produce un funcionario o empleado público. Empero, no siempre que un funcionario o empleado de esa categoría daña a la Administración produciendo un perjuicio en su patrimonio, existe malversación de caudales públicos; para ello ha de concurrir otro requisito: que ese daño o perjuicio lo cauce el empleado en el ejercicio de sus funciones y en razón de ellas. No se crea sin embargo que por contar ya con esos tres elementos, ciertamente esenciales, de la malversación, se puede lograr una definición comprensiva de todas las figuras contenidas en el Capítulo. Leyendo éste se nota que es muy diverso el modo y la forma como cada una de ellas afecta el patrimonio del Estado. Es tal la diferencia que Bunster Briceño, analizando el Código Penal Chileno similar en este respecto al costarricense, llega a afirmar que bajo el capítulo correspondiente a la malversación, no hay un solo delito tipo sino varios. Osea que no ocurre aquí como en el robo, donde el delito tipo es uno solo: robar; constituyendo las demás figuras integrantes del capítulo modalidades o derivaciones: robo con fuerza en las cosas, robo con violencia en las personas, etc. Hay un solo esquema rector, dice Beling, y una serie de caracteres, llamados por él extra típicos, que dan las figuras.- Por el contrario, entre la desviación de caudales (artículo 379) y el peculado propia mente dicho (artículo 380), se ven diferencias que no obedecen a*



*particularidades adjetivas del tipo; no hay un verbo común a ellas; siguiendo con el ejemplo, podría decir que existe mayor afinidad entre el peculado y la apropiación indebida que entre aquél y la desviación de caudales; la voluntad en la figura del artículo 379 se dirige a desviar los caudales de su destinación natural; en la del 380 a apropiárselos. Estas sensibles diferencias, hacen, repito, difícil lograr una definición comprensiva de todas las figuras o tipos que se hallan ubicados en el capítulo en estudio. Bunster, ante esta dificultad, opta por suplir la definición con una formulación que agrupa todas las formas en que este delito es posible, y dice: "existe malversación de caudales públicos cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones y en razón del ejercicio de ellas, se apropia de los caudales a su cargo, los distrae, da ocasión a que, por su negligencia inexcusable, otro los sustraiga, los desvíe de su destinación pública normal o se niega, como tenedor de fondos del Estado, a efectuar un pago sin causa bastante" Aun para el derecho costarricense esta definición, si es que se puede llamar así, es aceptable, con tal que se cambien el orden en que está expuesta, para ajustaría a la formulación del Código, y sea suprimida la frase referente a la distracción, modalidad de malversación de caudales que el legislador costarricense olvidó tomar en cuenta, aunque tal vez no sea esto sino consecuencia de haberse seguido a pie juntillas la legislación Argentina, que es también omisa en este respecto.- Bunster deja por fuera en su definición una modalidad de peculado, que algunos códigos, tales como el brasileño, el chileno y el español, contemplan; modalidad conocida en la doctrina como "peculado por omisión" Me parece conveniente, ya que he aludido a esas figuras, hacer un ligero análisis de ellas, no tanto por ilustración como por que estimo necesario su conocimiento para delimitar luego el alcance de las otras que son el objeto preciso de esta tesis.*

*La malversación por distracción ocurre cuando un funcionario aplica a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos bajo su custodia, con el evidente propósito de reintegrar los (ver a manera de ejemplo el artículo 396 del Código Penal de España). Es, como se advierte, un uso y no una apropiación; de aquí deriva la diferencia con el peculado, que exige siempre el animus res sibi habendi, es decir la intención de hacerse dueño de los bienes malversados. La otra figura, el peculado por omisión, se confunde a menudo con el cuasidelito de peculado; materialmente consiste en que un funcionario o empleado público concienta en que otra persona tome los bienes que él tiene bajo su custodia; resulta claro que es una omisión dolosa y no culpable; no se trata en efecto de que el funcionario haya dado ocasión, con su negligencia, a que otro se apropie de los bienes; ya que en tal supuesto no habría consentimiento de su parte; se refiere propiamente al*

funcionario, que estando al tanto de la acción del extraño, la permite sin embargo.

*Para terminar con estas generalidades sobre malversación me referiré a cierta particularidad, muy propia del Código Penal Costarricense, que éste ofrece en la denominación del capítulo VII. El capítulo se denomina "Malversación de Caudales Públicos y Peculado". Incluye el título una "Y" copulativa, que produce necesariamente una separación entre las dos figuras enunciadas; de lo que no puede sino inferirse que el Legislador Patrio forjó al peculado como un tipo penal autónomo, diverso e independiente de la malversación. No creo, sin embargo, que fue ra este el criterio seguido por los redactores del Código; la doctrina es unánime en considerar que el peculado es un modo de malversación y es poco menos que aceptable pensar que el legislador nacional se propusiera contradecirla. La razón ha de encontrarse por otro lado. Un criterio admisible, y desde luego a tono con la doctrina, para explicar esa especial redacción, es el siguiente: existen, stricto sensu, dos clases de peculado, el peculado propio, incriminado en el artículo 380, que tiene a la Administración Pública como sujeto directamente ofendido, y el impropio, resultado de la equiparación contenida en el 382. Aquel, desde cualquier punto que se le mire, es una malversación; éste, sin embargo, no lo es ni por la calidad del agente, ni por la condición de los bienes malversados; su equiparación, como más adelante se verá, obedece a otros motivos. Partiendo de aquí el legislador pudo pensar que bajo el título de malversación no quedaba cobijado el peculado impropio y optó, pues, por hacer el agregado que nos ocupa. Con todo, si tal es la razón, el agregado resultó pequeño, porque debió añadirse además la desviación de fondos, que conforma también otra figura de equiparación contenida en el número 382.- Las razones que esgrimen algunos para sostener la bondad de ese título, de que malversación es sólo la figura del artículo 379 y peculado y la siguiente, tienen un doble defecto; por una parte contradicen a la doctrina, según lo expuse antes; y por otra, dejan por fuera la modalidad contenida en el último de los artículos de ese Capítulo, puesto que no la clasifican ni como peculado ni como malversación. No obstante, autores de la categoría de Juan F. González prohijan esta división, lo que no impide que deba considerarse un error (6). Casi por vía de ilustración cabe mencionar que la legislación italiana acuerpa una división sui generis entre peculado y malversación, considerando que se produce ésta cuando los bienes sustraídos pertenecen a particulares, y aquél cuando son públicos, interpretación que desde luego es completamente inaplicable en el Derecho positivo costarricense."*



## **b) Definición de malversación**

[ECHEVERRÍA MESÉN]<sup>2</sup>

*“Malversar viene del latín, "male", mal y "versare" volver, admite idiomáticamente tanto la acepción de inversión ilícita de caudales como la de aplicarlos a usos distintos de aquellos para los cuales está destinado.”<sup>1</sup>*

*Genéricamente viene a cubrir las distintas modalidades del delito que su sentido abarca, y de que el peculado viene a ser una forma con sus características y singularidades propias. Si se desea particularizarla, resulta más propio aplicarla a la mera desviación pública del destino de los bienes que a los supuestos del peculado.*

*Modernamente para hablar de malversación es preciso que exista alguna forma de abuso de autoridad, es decir, hay que partir de una función de autoridad con respeto a los fondos, estos deben ser públicos y además el encargado de la custodia ha de ser un funcionario público.*

*Ayer y hoy, las palabras peculado y malversación, han sido usadas por los tratadistas internacionales, en sus respectivas obras, de modo indistinto. Lo mismo se puede notar en las codificaciones de los diferentes países, pues en sentido jurídico significan o tipifican la misma acción, además que la finalidad del delito, en general, es proteger el orden y regular el buen desenvolvimiento de la actividad de interés colectivo, que la administración pública desarrolla.”*

---

1 CARRERA (Daniel P.) Peculado. Buenos Aires. Ediciones DEPALMA, 3era edición, 1. 968, p.25.



### 3. NORMATIVA

#### a) *Código Penal*<sup>3</sup>

##### **ARTÍCULO 356.**— Malversación.

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. (Así reformado por el artículo 64 de la Ley N° 8422 Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, de 6 de octubre de 2004). (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 354 al 356)

##### **ARTÍCULO 356 bis.-** Peculado y malversación de fondos privados.

Quedan sujetos a las disposiciones de los tres artículos anteriores, los que administren o custodien bienes embargados, secuestrados, depositados o confiados por autoridad competente, pertenecientes a particulares. (Así adicionado por el artículo 1° de la ley N° 6726 de 10 de marzo 1982). (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 354 bis al 356 bis)

## 4. JURISPRUDENCIA

### a) Elementos y configuración del delito de malversación

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]<sup>4</sup>

*"1. [...] Respecto a la distinción entre el peculado y la malversación de fondos, ha indicado esta Sala: "(...) Ahora bien, también se ha reprochado, que los hechos constituyen el delito de malversación reprimido con treinta a noventa días-multa, al funcionario público que diere a los caudales o efectos que administre, una aplicación diferente a aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultara daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio (art. 356 del Código Penal). Por su parte, el peculado se realiza cuando el funcionario público sustrajere o distrajere dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo (art. 354 del Código ibídem). No obstante, la diferencia ostensible entre ambas ilicitudes radica en que en el delito de malversación los bienes o caudales públicos se utilizan siempre dentro de las mismas funciones realizadas por el funcionario público, pero en actos diferentes a los que normalmente estarían orientados. No sucede como en el peculado, cuya esencia es sustraer o distraer bienes. En la malversación, los bienes se utilizan con un destino público diferente y por lo tanto, no prioritario de acuerdo a las previsiones justificantes de su erogación. Este criterio lo ha explicado la doctrina y a la vez se ha acogido en la jurisprudencia de esta Sala. Así por ejemplo, el jurista argentino Carlos Fontán Balestra, sostiene que la malversación se trata de un cambio de destino que los fondos tienen fijados, sin ánimo o fin de lucro para el autor o para un tercero. Resalta, que el destino otorgado a los fondos debe ser público y su aplicación privada puede constituir un peculado [Fontán Balestra, Carlos: Derecho Penal. Parte Especial, XV edición, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 868]. En el mismo sentido, Carlos Creus sostiene que la utilización que resulta típica de este delito, supone que los bienes no se sacan de la administración y esa condición explica que: "... también se ha denominado al delito aplicación indebida de caudales públicos o destino indebido de fondos públicos, puesto que el bien jurídico especialmente tutelado es la regular inversión y aplicación de los bienes públicos dentro de la misma órbita de la administración..." . [Creus, Carlos: Derecho Penal. Parte Especial, Tomo 2,*



3ra. edición, 2da. reimpresión, Astrea, Argentina, 1.992, pág. 293]. Esta distinción entre peculado y malversación, fue asumida por esta Sala en sentencia número V-221-F-90, de 9:15 horas del 10 de agosto de 1.990, mediante la que se interpretó que la sustracción o distracción de bienes públicos con fines particulares o con cualquier otro de carácter privado, dan lugar al ilícito de peculado. Es por todo lo anterior, que si en el caso concreto el acusado utilizó fondos públicos que le habían sido entregados para administración, distrayéndolos con propósitos particulares, en provecho de terceros o en algunos casos en su propio interés, no puede prohijarse la tesis de que las infracciones integran el delito de malversación.”, (Sala Tercera, resolución # 2003-00673, de 10:00 horas del 7 de agosto de 2003). Como se aprecia, la malversación de fondos implica un cambio de destino de los fondos públicos dentro del mismo ámbito de la Administración . ( Sentencia 700-2006, de las 09:00 horas, del 7 de agosto del 2006). En el caso que nos ocupa, según se describió líneas atrás, el Ministerio Público acusó y el Tribunal tuvo por demostrado que: i) la imputada ostentaba potestades de administración de los dineros girados por concepto de liquidación de viáticos por viajes oficiales en el interior del país, como directora del despacho del Ministro de Trabajo, y, ii) que simulando egresos por dicho concepto, la acusada distrajo fondos públicos para el pago de una actividad privada, concretamente, el servicio de alimentación que se ofreció en un festejo, evento que evidentemente no reviste el carácter de oficial o público. Analizado el presente caso a la luz de estas consideraciones, es evidente que estamos ante el delito de peculado, puesto que los dineros fueron distraídos o sustraídos con fines particulares (o privados), situación diferente sería el caso de que a los caudales se les hubiera dado un destino diferente a los que normalmente estaban previstos, sin que escaparan de la esfera pública. Por las razones indicadas, con base en el requerimiento fiscal, respecto a los cheques indicados, nunca se estuvo ante el delito de malversación de fondos, en este caso los hechos acusados integraron todos los elementos esenciales del peculado, por lo que no hubo sorpresa para ninguna de las partes, y tampoco se le limitó a la imputada su derecho de la defensa [...].

V. [...] No lleva razón el recurrente al indicar que la acusada no cumplía con funciones de administración dentro del Ministerio, identificando exclusivamente en esa labor a la oficial presupuestal de la institución. Para que se constituya el delito de peculado, conforme lo establece el numeral 354 del Código Penal, deben concurrir los siguientes requisitos: i) el sujeto activo debe ser un funcionario público, ii) a quien se le encomienda como parte de sus funciones las labores de administración, custodia o percepción de dineros o bienes, y, iii) en razón de ello, sustraiga o distraiga esos dineros o bienes. En el presente asunto, el tema de fondo es determinar si la



*imputada como empleada pública dentro de sus funciones ejercía labores de administración, custodia o percepción, que le permitieron sustraer o distraer dineros o bienes. En este sentido, como lo expusieron los testigos xxxx y xxxx, en su condición de auditor y oficial presupuestal, respectivamente del Ministerio de Trabajo, en aquel momento, la imputada era la directora del Despacho del Ministro y como parte de sus funciones le correspondía autorizar los adelantos y liquidaciones de viáticos del personal que laboraba en esa oficina, dependiendo su autorización para el giro del dinero. [...] Como parte del tema central de este alegato, debemos considerar de qué forma la acusada ejercía la función descrita y si es presupuesto suficiente para considerarla como una funcionaria pública que administraba, custodiaba o percibía dineros o bienes, los cuales distrajo o sustrajo, según la conducta tipificada para el delito de peculado. Sobre el particular Carlos Creus indica que: “La administración, la percepción y la custodia deben haber sido confiadas al agente (funcionario) en razón de su cargo; aquí se suscita un interrogante, ¿es suficiente la entrega facultativa o es necesario que la entrega sea obligada o determinada por las leyes, reglamentos u órdenes legítimas? La doctrina en su gran parte se ha pronunciado en el sentido de que el tipo no se refiere a la entrega facultativa, sino a la impuesta o autorizada por las disposiciones administrativas en cuanto otorgan competencia al funcionario para realizar dichas funciones [...]” (CREUS, Carlos. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, segunda edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1988, p. 297). Ciertamente, entre los caudales públicos y el funcionario debe existir cierta relación, la que se deriva de su función o competencia en razón de una disposición legal o administrativa, que otorgue a dicha autoridad la administración, custodia o percepción de los dineros o bienes públicos, y que le permitan por esa facultad conferida la posibilidad de disposición de los bienes, entendiéndose, que no es necesario la tenencia material del dinero, bastando con la posibilidad de disposición meramente jurídica. En el presente caso, como lo deduce el Tribunal luego de analizar todo el material probatorio, la encartada asumió la dirección del Despacho del Ministro Farid Ayales, a quien como consecuencia del cargo y por encargo del jerarca, le correspondía la autorización de la liquidación de viáticos, gasto que sólo era tramitado con su anuencia que se materializaba con la firma en el documento. En este sentido, los juzgadores señalaron: “Con esta prueba no queda ninguna duda que la justiciable efectivamente se desempeñaba como Encargada o Directora del Despacho del Ministro, ejerciendo funciones administrativas, tenía poder de mando y podía disponer de los fondos para giras, por así habérselo delegado el Ministro. Tan es así que la Oficial Presupuestal, xxxx, explicó que le daba el visto bueno a la solicitud de adelanto y liquidación de gastos de viáticos, cuando la respectiva fórmula venía autorizada por el jefe de la respectiva unidad de trabajo y en el caso del Despacho del*



*Ministro, aceptaba la firma de xxxx porque era uno de los funcionarios que había sido autorizada por el Ministro, siendo que ella firmaba para dar el visto bueno, indicando con ello que existía contenido presupuestario para ese gasto y que la realidad del motivo que generaba el egreso, era responsabilidad del Jefe del Despacho.” (cfr. 9375). Por otra parte, si bien es cierto, como lo apuntan los recurrentes, disposiciones legales establecen que el oficial presupuestal de cada Ministerio es el responsable de la caja chica de la institución, no menos cierto es que determinados funcionarios públicos además de estos, unos por una disposición legal o administrativa, forman parte del sector que administra, custodia o percibe dineros o bienes públicos, y que en razón de esa competencia, tienen la posibilidad de disposición de los bienes, entendiéndose, reiteramos, que no es necesario la tenencia material del dinero, bastando con la posibilidad de disposición meramente jurídica. Así las cosas, esta Sala no encuentra en el fallo recurrido el vicio apuntado.”*

### **b) Distinción entre los delitos de peculado y malversación**

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]<sup>5</sup>

*"Ahora bien, también se ha reprochado, que los hechos constituyen el delito de malversación reprimido con treinta a noventa días-multa, al funcionario público que diere a los caudales o efectos que administre, una aplicación diferente a aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultara daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio (art. 356 del Código Penal). Por su parte, el peculado se realiza cuando el funcionario público sustrajere o distrajere dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo (art. 354 del Código ibídem). No obstante, la diferencia ostensible entre ambas ilicitudes radica en que en el delito de malversación los bienes o caudales públicos se utilizan siempre dentro de las mismas funciones realizadas por el funcionario público, pero en actos diferentes a los que normalmente estarían orientados. No sucede como en el peculado, cuya esencia es sustraer o distraer bienes. En la malversación, los bienes se utilizan con un destino público diferente y por lo tanto, no prioritario de acuerdo a las previsiones justificantes de su erogación. Este criterio lo ha explicado la doctrina y a la vez se ha acogido en la jurisprudencia de esta Sala. Así por ejemplo, el jurista argentino Carlos Fontán Balestra, sostiene que la malversación se trata de un cambio de*

*destino que los fondos tienen fijados, sin ánimo o fin de lucro para el autor o para un tercero. Resalta, que el destino otorgado a los fondos debe ser público y su aplicación privada puede constituir un peculado [Fontán Balestra, Carlos: Derecho Penal. Parte Especial, XV edición, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 868]. En el mismo sentido, Carlos Creus sostiene que la utilización que resulta típica de este delito, supone que los bienes no se sacan de la administración y esa condición explica que: "... también se ha denominado al delito aplicación indebida de caudales públicos o destino indebido de fondos públicos, puesto que el bien jurídico especialmente tutelado es la regular inversión y aplicación de los bienes públicos dentro de la misma órbita de la administración...". [Creus, Carlos: Derecho Penal. Parte Especial, Tomo 2, 3ra. edición, 2da. reimpresión, Astrea, Argentina, 1.992, pág. 293]. Esta distinción entre peculado y malversación, fue asumida por esta Sala en sentencia número V-221-F-90, de 9:15 horas del 10 de agosto de 1.990, mediante la que se interpretó que la sustracción o distracción de bienes públicos con fines particulares o con cualquier otro de carácter privado, dan lugar al ilícito de peculado. Es por todo lo anterior, que si en el caso concreto el acusado utilizó fondos públicos que le habían sido entregados para administración, distrayéndolos con propósitos particulares, en provecho de terceros o en algunos casos en su propio interés, no puede prohijarse la tesis de que las infracciones integran el delito de malversación."*

## **5. PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

### ***a) Sobre la acción civil resarcitoria que puede interponer el estado en el procedimiento penal sobre malversación***

[DICTAMEN C-204-2008]<sup>6</sup>

*"C. Sujetos legitimados para ejercer la acción civil resarcitoria contra las asociaciones de desarrollo comunal denunciadas por malversación de los recursos transferidos por DINADECO.*



*La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Ley N° 6815 de 27 de setiembre de 1982, en el artículo 3, en cuando a la representación judicial que le corresponde a esta Institución, dispone:*

*“Son atribuciones de la Procuraduría General de la República:*

*a) Ejercer la representación del Estado en los negocios de cualquier naturaleza, que se tramiten o deban tramitarse en los tribunales de justicia.*

*b) ...” Tal y como fue citado por la Asesoría Jurídica del órgano consultante, esta Procuraduría en el dictamen C-88-1994 de 1 de junio de 1994, se refirió a los alcances de la disposición transcrita, indicando: “De conformidad con el artículo 1° de nuestra Ley Orgánica (Ley N° 6815 de 27 de setiembre de 1982), la naturaleza jurídica de la Procuraduría General de la República se define como el órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública, y el representante legal del Estado en las materias propias de su competencia.*

*De esa primera definición se extrae que la labor que se encomienda a la Procuraduría tiene dos vertientes: la primera corresponde a la función consultiva, que se ejerce tanto para el Estado, los entes descentralizados, los demás organismos públicos y las empresas estatales (inciso b) del artículo 3° *ibid.*). La segunda vertiente atañe a la representación en sede jurisdiccional del Estado, en los negocios de cualquier naturaleza que se deban tramitar ante dicha instancia (inciso a) del artículo 3° *ibid.*) Como queda de manifiesto, la posibilidad de gestionar ante los Tribunales de Justicia deviene en una competencia que se ejercita a solicitud del Estado, sean los tres poderes de la República, que comparten una única personalidad jurídica. Entratándose de otras personas de derecho público, nuestra Ley Orgánica no contempla la posibilidad de acceder a una representación legal en sede jurisdiccional.” (el resaltado no es del original).*

*En este entendido, debe partirse, en este análisis, de que la Procuraduría General de la República esta encargada de la representación judicial del Estado, en los tres poderes de la República; quedando excluidos los otros sujetos de derecho público y el Tribunal Supremos de Elecciones.*

*Ahora bien, DINADECO es un órgano desconcentrado adscrito al Ministerio de Gobernación y Policía, tal y como se deriva de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley sobre el Desarrollo de la Comunidad, que indica expresamente: “Artículo 1°.- Créase la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad, como órgano del Poder Ejecutivo adscrito al Ministerio de Gobernación y Policía, y como instrumento básico de desarrollo, encargada de fomentar, orientar, coordinar y evaluar la organización de las comunidades del país, para lograr su participación activa y consciente en la*



*realización de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social. (Así reformado por el artículo 10 de la ley N° 6812 de 29 de setiembre de 1982).”*

*Asimismo, sobre el particular ha dispuesto también este órgano asesor: “Analizada la Ley sobre el Desarrollo de la Comunidad, puede afirmarse que la Dirección Nacional es un órgano desconcentrado al tenor de lo dispuesto por el artículo 83 de la Ley General de la Administración Pública. Se aclara que esa desconcentración tiene relación con las distintas competencias que dicho cuerpo normativo confiere a la Dirección Nacional en su relación con las asociaciones de desarrollo: autorizaciones para que entes públicos y privados, nacionales y extranjeros desarrollen programas en el país vinculados con el desarrollo de la comunidad bajo la tutela de la Ley (artículo 2); potestad para autorizar la constitución de asociaciones con un número menor de miembros a los fijados por el artículo 16; potestad de vigilancia de la Dirección Nacional sobre el funcionamiento conforme a derecho de las asociaciones (artículo 25); dependencia del Registro Público de Asociaciones a la figura del Director Nacional (artículo 26); competencia expresa para resolver conflictos que se deriven de la representatividad de asociaciones a nivel distrital, cantonal, regional o provincial (artículo 31) y aprobación de los planes anuales de trabajo de las mismas (artículo 32); amén de la potestad de inspección y auditoría financiera sobre dichas personas jurídicas (artículo 35).” C-284-2002 de 23 de octubre del 2002. (Ver en el mismo sentido: C-165-2006 de 26 de abril del 2006 y C-043-2006 de 6 de febrero del 2006).*

*Debe apuntarse además, que la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad no tiene previstas dentro de sus competencias legales el instaurar acciones civiles resarcitorias, sino, únicamente, el establecimiento de las denuncias penales que correspondan en el ejercicio de su labor de fiscalización y control del uso de recursos, por parte de las asociaciones.*

*Siendo así, es claro que, la competencia para plantear una acción civil resarcitoria, en cualquier proceso penal por hechos en los que DINADECO tenga la condición de damnificado; la tendría la Procuraduría General de la República como representante legal del Estado, en cuenta del Ministerio de Gobernación y Policía al cual está adscrito DINADECO.*

*Concretamente, respecto a la legitimación para interponer acciones civiles resarcitorias, en procesos penales seguidos por malversación de fondos transferidos por entidades públicas a asociaciones de desarrollo comunal; debe señalarse que, por tratarse de fondos privados de origen público, la ley autoriza al Estado, a recuperar los valores transferidos; y siendo la Procuraduría General de la República, el representante legal del Estado, le correspondería interponer la gestión*



*correspondiente ante los tribunales penales.*

*En este sentido, ya se ha pronunciado este Órgano Consultivo, en la citada Opinión Jurídica N° 167-2003, que en lo interesa dice: “ El desvío de los fondos autoriza al Estado, en tanto entidad que transfirió los recursos, a recuperar las sumas transferidas y desviadas. Recuperación que, conforme el ordenamiento, debe hacerse con los daños y perjuicios. En la medida en que conforme la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, artículos 2 y 3, este Órgano es el representante legal del Estado, se sigue como lógica consecuencia que está legitimado para ejercer la acción civil resarcitoria correspondiente. Con ello se da debido cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 7 y 25 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y 117 en relación con el 110 y 111 de la Ley de Administración Financiera”.*

*En consecuencia, sería la Procuraduría General de la República quien estaría legitimada para ejercer la acción civil resarcitoria, en procesos penales por malversación de fondos, que fueron transferidos, originalmente, por el Estado a la asociación de desarrollo comunal.*

## *II. Conclusión:*

*Por lo antes expuesto, es criterio de esta Procuraduría General de la República:*

*1.- Que de acuerdo con la ley procesal penal, el damnificado por el delito se encuentra legitimado para interponer la acción civil resarcitoria, entendido éste como aquel que ha sufrido a causa de un delito, de manera directa, algún daño resarcible económicamente en un bien jurídico que le pertenece.*

*2.- Que los beneficios transferidos por entidades públicas a las asociaciones de desarrollo comunal, son fondos de naturaleza privada con origen público, forman parte de la Hacienda Pública y están sujetos a un régimen normativo especial, previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que busca asegurar el empleo de los beneficios en cumplimiento del destino legal para el que fueron entregados.*

*3.- Que en caso de desvío, de los recursos transferidos por entidades públicas a las asociaciones de desarrollo comunal, a fines distintos del destino legal, la Ley autoriza al Estado a recuperar los valores transferidos.*

*4.- Que siendo la Procuraduría General de la República, el representante legal del Estado, le correspondería interponer la acción civil resarcitoria, en procesos penales por malversación de*



*fondos, que fueron transferidos, originalmente, por el Estado a la asociación de desarrollo comunal.”*

**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Montenegro Trejos, R. (1966) Peculado y cuasidelito de peculado: dos modalidades de malversación de caudales públicos. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Costa Rica. Pp. 4-9.
- 2 Ehecerría Mesén, S. (1983) Malversación de fondos públicos (Peculado). Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Costa Rica. Pp. 3-4.
- 3 Código Penal. Ley No. 4573 del 04 de mayo de 1970.
- 4 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cuarenta y nueve minutos del treinta de abril de dos mil ocho. Resolución No. 2008-00403.
- 5 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas del siete de agosto del dos mil tres. Resolución No. 2003-00673.
- 6 PROCURADURÍA GENERAL DE REPÚBLICA. Dictamen No. C-204-2008 del 13 de junio de 2008.