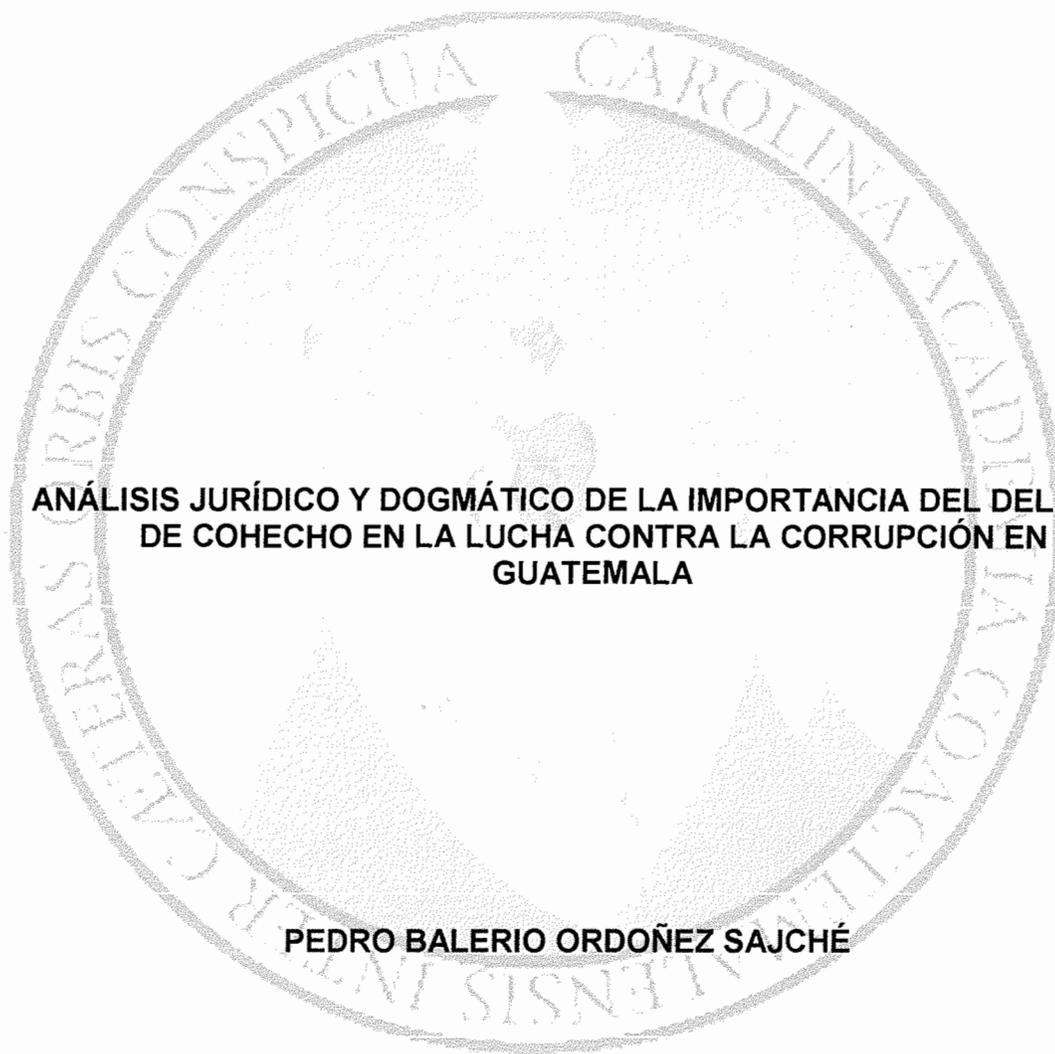


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DE LA IMPORTANCIA DEL DELITO
DE COHECHO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN
GUATEMALA**

PEDRO BALERIO ORDOÑEZ SAJCHÉ

GUATEMALA, JULIO DE 2012

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DE LA IMPORTANCIA DEL DELITO
DE COHECHO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN
GUATEMALA**

TESIS

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

PEDRO BALERIO ORDOÑEZ SAJCHÉ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2012

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

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Rodolfo Giovanni Celis López
Vocal: Licda. Blanca María Choco Chic Ramos
Secretario: Lic. Otto René Vicente Revolorio

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Manuel Vicente Roca
Vocal: Lic. Ronald David Ortiz Orantes
Secretario: Licda. Magda Nidia Gil Barrios

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la Tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



BUFETE JURÍDICO PROFESIONAL

LIC. HASNY PAOLO GARCÍA ARIZANDIETA

24 Avenida 13-26 Zona 7 Kaminaljuyú II

Guatemala, C. A. Tel: 2475-5548 5706-4162.-----

Guatemala, 30 de septiembre de 2011.

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Presente.



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que conforme a resolución de su despacho he asesorado el trabajo de investigación del Bachiller PEDRO BALERIO ORDÓÑEZ SAJCHÉ, quien elaboró el trabajo de tesis intitulado **“ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DE LA IMPORTANCIA DEL DELITO DE COHECHO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN GUATEMALA”**.

Al respecto y en cumplimiento a lo que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito rendir a usted el siguiente informe:

a) El tema trabajado es importante y tiene un profundo y fiable contenido técnico y científico ya que fue basado en obras literarias especializados en la materia conteniendo características de ser novedoso y de actualidad.

b) Los métodos y técnicas empleadas en la investigación son idóneos, utilizando el método comparativo, deductivo, analítico y dogmático, de los cuales fue posible ordenar y analizar la información; las técnicas de investigación utilizadas fueron bibliográfica, documental y de la entrevista.



BUFETE JURÍDICO PROFESIONAL

LIC. HASNY PAOLO GARCÍA ARIZANDIETA

24 avenida 13-26 Zona 7 Kaminal Juyú II

Guatemala, C. A. Tel: 2475-5548 5706-4162.-----

- c) En la redacción, recomendé al estudiante que por tratarse de un tema de análisis jurídico, debería emplear un lenguaje escrito comprensible para alcanzar la finalidad de la misma.
- d) En cuanto a la contribución científica el presente tema investigado es de gran importancia ya que en la misma se proponen principios, doctrinas y reformas legales contra la corrupción en Guatemala y además constituye un aporte para los estudiantes y profesionales del derecho.
- e) Las conclusiones y recomendaciones son congruentes con el plan y contenido de la investigación desarrollado, constituyendo un aporte para la solución al tema elaborado.
- f) En cuanto a la fuente bibliográfica consultada es suficiente y adecuada para el tema desarrollado, ya que contiene la exposición de autores extranjeros y nacionales.

Por lo anterior expuesto, considero que el trabajo de investigación del bachiller Pedro Balerio Ordoñez Sajché, puede servir de base para la sustentación del examen público respectivo y en virtud de ello, emito mi Dictamen y opinión favorable y así se pueda continuar con el trámite respectivo.

Deferentemente,



Lic. Hasny Paolo García Arizandieta
Abogado y Notario
Colegiado No. 8,948



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

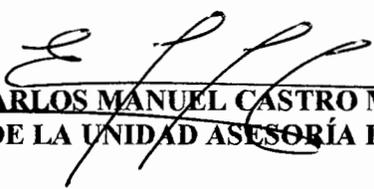
Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, tres de octubre de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **ROGELIO CAN SI**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **PEDRO BALERIO ORDOÑEZ SAJCHÉ**, Intitulado: **"ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DE LA IMPORTANCIA DEL DELITO DE COHECHO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN GUATEMALA"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ jrvch.



LICENCIADO ROGELIO CAN SÍ.

ABOGADO Y NOTARIO.

1ra. Calle 3-143 zona 8 Cobán Alta Verapaz

Tel: Oficina 5510-5559

Cobán Alta Verapaz, 16 de noviembre de 2011.

Lic. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho.



Atentamente me dirijo a usted, para dar cumplimiento a la resolución emitida por la Unidad de tesis, con fecha tres de octubre de dos mil once; para el efecto, procedí a revisar el trabajo de tesis presentado por el bachiller PEDRO BALERIO ORDOÑEZ SAJCHÉ, titulado **“ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DE LA IMPORTANCIA DEL DELITO DE COHECHO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN GUATEMALA”**; por lo que en observancia de lo establecido en el artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito hacer las siguientes consideraciones:

1. Que el estudio realizado cumple con el contenido técnico y científico de la investigación, tomando como base el análisis jurídico y dogmático que se hace del tipo penal de cohecho, en sus modalidades, activa y pasiva; contemplado en el vigente Código Penal guatemalteco.

2. La metodología utilizada, por la naturaleza de la investigación, se fundamenta principalmente en los métodos comparativo, analítico y dogmático; lo que le permite establecer un adecuado análisis técnico y bastante propiedad sobre el contenido; en cuanto a las técnicas de investigación se utilizó la bibliográfica, documental y la entrevista.

3. He realizado la revisión del trabajo de tesis y en su oportunidad se sugieron algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento necesarias para mejor comprensión de los temas, las cuales fueron debidamente atendidas por el bachiller Pedro Balerio Ordoñez Sajché.



LICENCIADO ROGELIO CAN SÍ.

ABOGADO Y NOTARIO.

1ra. Calle 3-143 Zona 8 Cobán Alta Verapaz.

Tel: Oficina 5510-5559

4. En la estructura formal de la tesis fue necesaria la utilización de cuadros estadísticos tomando como base el trabajo de campo realizado directamente en el Organismo Judicial, específicamente sobre el área de la ciudad capital.

5. Se considera que el estudio realizado por el sustentante, es de gran importancia en lo que concierne al ámbito científico penal, pero sobre todo la repercusión que tiene en la sociedad, ya que este tipo penal está ligado a actos de corrupción que como un mal social, la sociedad guatemalteca está llamada a su erradicación; por ello el bachiller propone interesantes propuestas de reformas de ley.

6. Finalmente, las conclusiones y recomendaciones, se encuentran acordes al tema abordado, y de ser atendidas serán de valiosa utilidad para la comunidad jurídica, para los funcionarios públicos y para la sociedad en general.

7. La bibliografía consultada es actualizada, adecuada y suficiente, ya que tiene relación con el fondo de la investigación realizada por el bachiller.

Con base en lo anterior, se estima que el tema objeto de estudio, por parte del sustentante se adecuó a las normas reglamentarias contenidas en el Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias y Sociales y del Examen General Público, en ese sentido se emite DICTAMEN FAVORABLE, en relación al trabajo concluido.

Sin otro particular, deferentemente,

Lic. ROGELIO CAN SÍ

Colegiado No. 4855

Lic. Rogelio Can Si
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, doce de junio de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de el estudiante PEDRO BALERIO ORDOÑEZ SAJCHÉ intitulado ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DE LA IMPORTANCIA DEL DELITO DE COHECHO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

CEHR/iycr

DEDICATORIA



- A DIOS:** Por ser mi protector, amo y Señor Jesucristo quien es la fuente inagotable de toda ciencia, palabra y sabiduría a El sea toda gloria.
- A MIS PADRES:** Leonzo Vicente Ordoñez y Fulgencia Sajche Lucas por dotarme de capacidades mentales suficientes para salir adelante.
- A MIS HERMANOS:** Bonifacio Martin, Filomena Isabel, Teresa Natividad, Saturnino Demetrio y Anastacio Calixtro por sus consejos y palabras de apoyo.
- A MI ESPOSA:** Carolina Mayte por su amor, comprensión, paciencia y apoyo incondicional.
- A MI HIJO:** Pablo Daniel quien es el motivo de alegría y orgullo.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales que siempre llevaré en el corazón como gran centro de enseñanza superior
- A LOS LICENCIADOS:** Hasny Paolo García Arizandieta
Rogelio Can sí



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1 El delito de cohecho.....	1
1.1 Antecedentes históricos.....	1
1.2 Concepto de delito.....	1
1.2.1 La pena.....	3
1.3 La acción.....	4
1.4 Cohecho y su definición.....	6
1.5 Clasificación.....	9
1.5.1 Cohecho activo y cohecho pasivo.....	9
1.5.2 Cohecho antecedente y cohecho subsiguiente.....	10
1.5.3 Cohecho propio y cohecho impropio.....	11
1.6 Naturaleza unilateral o bilateral.....	12
1.7 Bien jurídico tutelado.....	14
1.8 La confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la administración.....	17
1.9 El principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública.....	17
1.10 Ciertos deberes del cargo del funcionario público.....	18
1.11 Opinión personal.....	19

CAPÍTULO II

2 Figura básica de cohecho del funcionario público, activo o pasivo.....	21
2.1 Verbo rector.....	21
2.2 Derechos señalados por razón del cargo.....	22
2.3 Beneficio económico.....	22
2.3.1 Acto, por realizar o por haber omitido.....	26

2.4	Acto propio del cargo.....	28
2.5	Primera figura agravada de cohecho del funcionario público, activo o pasivo-	29
2.5.1	Comentario a propósito de la frase, para omitir o por haber omitido...	30
2.5.2	Infracción a los deberes del cargo.....	33
2.5.3	Ejercer influencia en otro empleado público.....	33
2.6	Segunda figura agravada de cohecho del funcionario público activo o pasivo..	34
2.6.1	Falta de tipificación del cohecho subsiguiente.....	35
2.7	Disciplina penal y sociedad guatemalteca.....	37
2.8	Delincuente privilegiado.....	38
2.9	Delincuente político.....	39

CAPÍTULO III

3	Acerca del iter criminis en los diversos tipos de cohecho, tanto del funcionario, como del particular	41
3.1	Figura básica de cohecho del particular, activo o pasivo.....	44
3.1.1	Verbo rector.....	45
3.1.2	Inclusión de la frase “en provecho de éste o de un tercero”.....	46
3.1.3	La relación al principio de proporcionalidad en el cohecho del particular asociado al cohecho de funcionario agravado.....	47
3.2	Figura privilegiada de cohecho del particular.....	48
3.2.1	Fundamento de la atenuación.....	48
3.2.2	Conducta realizada por el acusado en favor de tercero.....	50
3.3	Algunos aspectos dogmáticos de los delitos de corrupción de funcionarios.....	50
3.3.1	La calidad típica de funcionario público.....	51
3.3.2	La consumación en los delitos de corrupción de funcionarios.....	53
3.3.3	La existencia de una asociación delictiva.....	54
3.4	Las redes de corrupción.....	56
3.4.1	Las redes de corrupción criminales.....	58



CAPÍTULO IV

	Pág.
4 Importancia jurídico-doctrinaria del delito de cohecho como medio legal para perseguir penalmente a la corrupción en Guatemala.....	61
4.1 El problema de la corrupción de funcionarios públicos es de índole cultural...	64
4.1.1 Visión integral.....	64
4.1.2 Democracia.....	65
4.1.3 Independencia.....	65
4.1.4 Fortalecimiento institucional.....	66
4.1.5 Fortalecimiento de la función pública.....	66
4.1.6 Prevención.....	67
4.1.7 Acceso a la información pública.....	67
4.1.8 Participación ciudadana.....	68
4.1.9 Solidaridad internacional.....	68
4.1.10 Discrecionalidad y erradicación de los conflictos de intereses.....	68
4.2 Propuestas de reformas legales contra la corrupción.....	69
4.3 Reformas a la Ley en Materia de Antejucio Decreto 85-2002.....	71
4.4 Reformas al Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República....	73
4.5 Situación actual desde el punto de vista estadístico de la ciudad capital.....	75
4.6 Presentación y análisis de los resultados del trabajo de campo.....	75
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83
ANEXOS.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	93



INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos se ha escuchado muy poco hablar del delito de cohecho tanto en los funcionarios públicos como en los particulares, algunos procesos penales recientes seguidos en contra de funcionarios públicos, han convertido este problema en importante objeto de preocupación nacional; seguido a esto la corrupción, que es otro delito y que se da en las instituciones públicas, punto importante que se describió en esta investigación, de acuerdo a los datos estadísticos recaudados en el departamento de CENADOJ del Organismo Judicial se pudo apreciar cierto parámetro preocupante para los ciudadanos, quienes esperan que los funcionarios públicos se desempeñen con probidad en el ejercicio de sus cargos.

Para definir el problema se hace necesario mencionar que ante las constantes denuncias de corrupción presentadas ante el Ministerio Público es importante que dicha institución asuma su papel ante la lucha contra este flagelo, así mismo positivizar la figura delictiva del cohecho activo como pasivo tanto en el funcionario público como en el particular. En la hipótesis se estableció que la importancia jurídico doctrinaria del delito de cohecho no es más que un medio legal para perseguir penalmente la corrupción en Guatemala en la conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular a dar una retribución no debida.

El objetivo de esta investigación se establecieron tres puntos primero: se estudió los elementos jurídicos que determinan la dolosidad de las acciones delictivas, y luego se determinó los requisitos legales para encuadrar la acción del funcionario público y finalmente se estableció información acerca de la teoría del delito y su importancia en la interpretación. En los supuestos de investigación, el cohecho es un delito de mera actividad, toda vez que se perfecciona con la realización de una conducta, sin exigirse para su consumación que exista una relación de causalidad objetiva en el comportamiento del funcionario público y el particular.

El presente trabajo se desarrolla en cuatro capítulos: En el capítulo uno, se presenta una breve reseña histórica y se define el delito de cohecho, su clasificación en tipos de cohecho, la naturaleza unilateral y bilateral y el bien jurídico tutelado; en el capítulo dos, se encuentra la figura básica de cohecho del funcionario público activo o pasivo, primera figura agravada de cohecho del funcionario público y segunda figura agravada de cohecho del funcionario público; seguidamente en el capítulo tres, se desarrolla el iter criminis en los diversos tipos de cohecho, figura básica de cohecho del particular y figura privilegiada de cohecho del particular; y por último en el capítulo cuatro, se realizó un análisis de la problemática de corrupción del país, así mismo se propuso reformas legales en materia de ante juicios y al Código Penal y para concluir se estableció la situación actual del delito de cohecho en la ciudad capital de Guatemala del año 2005 al 2010.

Los métodos empleados para la elaboración de esta tesis objeto de estudio para la cual se emplearon, los métodos: deductivo, comparativo, analítico y dogmático; con el deductivo se estudió la doctrina penal y la teoría del delito, con el comparativo y analítico; se estudio las diferentes legislaciones y doctrinas de otros países, y por último se utilizó, el método dogmático con el cual fue posible ordenar, sistematizar y analizar la información que se obtuvo a través de las técnicas que se emplearon en investigación bibliográfica, documental y de la entrevista.

El conjunto de todos estos elementos, conllevan a determinar que la problemática de este flagelo se puede visualizar desde una perspectiva ideológica emanada de ciertos grupos políticos partidistas que van desde el nivel internacional hasta la inserción de redes de corrupción a nivel de instituciones administrativas y judiciales del Estado de Guatemala, todo esto enmarcado en un clima de violencia, desigualdad, pobreza racismo e inequidad de genero que agravan esta situación, en la cual el sistema de justicia es ineficiente, creando en si un círculo vicioso que conlleva a la corrupción.



CAPÍTULO I

1. El delito de cohecho

1.1 Antecedente histórico

En el principio, en la culta Roma este delito fue conocido con el nombre de Le Crimen Repetundarum; también, las doce tablas lo contemplaron como un delito capital, pero posteriormente, en el transcurso el mismo pierde importancia al extremo de que fue penado más suavemente. Antiguamente en el derecho penal español, se sancionó penalmente a los juzgadores que percibieran dadas; por su parte en las partidas, estos hechos fueron reprimidos con fuerte rigor, así mismo en la novísima recopilación se estableció la prohibición de que tanto los alcaldes, corregidores, jueces de las ciudades, villas y lugares, como los alcaldes de las alzadas, tomaran, a escondidas o en público, por si o por otros, presentes o regalos de persona alguna que tuviera que figurar en un pleito como parte, bajo la pena de que perdería el oficio o trabajo desempeñado e imponerle penas pecuniarias grandes.

1.2 Concepto de delito

El concepto de delito halla su origen en la ley penal, de que hasta ahora se ha ocupado. Entre ley penal y delito existe un nexo indisoluble, porque el delito es justamente la



violación de la ley penal o, para ser más precisos, la infracción de un precepto o prohibición establecido por la ley misma.

Generalmente se define el delito como: "todo hecho al que el ordenamiento jurídico enlaza como consecuencia una pena".¹ Esta definición es exacta y puede ser aceptada, pero exige una precisión previa.

Según ha sido destacado, existen en el ordenamiento jurídico algunas sanciones que presentan los mismos caracteres sustanciales que la pena, en cuanto implican también un sufrimiento, pero que no son penas en sentido propio. Sanciones de esta naturaleza se encuentran no solo en el derecho administrativo, sino también en otros campos jurídicos; por ello, a fin que la noción sea verdaderamente exacta, se hace necesario destacar que la sanción bajo cuya amenaza el hecho se prohíbe, debe ser una pena que se denomina criminal.

Como se verá en otro lugar, esta sanción se distingue de las demás por el medio a través del que actúa: es criminal la pena que se impone por la jurisdicción mediante proceso.

La definición anteriormente indicada, exige también una aclaración. Se refiere la misma al delito considerado en abstracto, es decir, al delito como hipótesis bajo la amenaza típica perfilada por el legislador (por ejemplo: homicidio, incendio, hurto). Desde tal punto de vista, denominado preceptivo, es indudable que el delito es aquel hecho que la

¹Antelisei Manzini Fransesco, **Manual de derecho penal**, pág. 125



ley prohíbe bajo la amenaza de una pena (criminal). Ahora bien, el delito puede ser considerado también en concreto, o sea, como un hecho episódico que se verifica en la vida social. Desde el punto de vista (aspecto fenoménico), es delito el hecho que reproduce la hipótesis típica configurada por la ley: en otros términos, el hecho que es conforme a lo que la ley ha previsto de manera general, amenazando con una pena a quien lo cometa. Posteriormente, al analizar el procedimiento que debe seguirse para establecer si y cuando un hecho concreto constituye delito, se verá que, además de la indicada conformidad, es necesaria la ausencia de causas de justificación.

Hechas estas precisiones, debe observarse que el delito se ubica dentro de la categoría general de los hechos jurídicos, o sea de los acaecimientos que producen consecuencias jurídicas, en cuanto que normalmente deriva del mismo aquella sanción que se denomina pena y pueden conectarse a el otras sanciones, como las medidas de seguridad, la obligación de las restituciones y del resarcimiento del daño, etcétera. Dentro de los hechos jurídicos, pertenece a los actos jurídicos, por consistir en una conducta voluntaria.

1.2.1 La pena

La palabra pena es sinónimo de castigo indicando en general el dolor, el sufrimiento que se impone a quien ha violado un precepto. Su carácter esencial es la afflictividad; una pena no afflictiva es una verdadera contradicción, sería como decir: luz oscura, fuego frío.



El carácter indicado es propio de todos los castigos, aun de aquellos que se imponen en el ámbito privado: en la familia, en los colegios, en las asociaciones, etcétera. En todo caso, el castigo implica un sufrimiento. La pena que interesa en este caso y que difiere de los demás castigos es que el Estado se impone a través de una sanción pública.

Ahora bien, el Estado recurre algunas veces a la pena fuera del ámbito del derecho penal. Tiene particular importancia las penas administrativas (penas disciplinarias, fiscales y de policía) a que he tenido ocasión de referirme, se deriva de ello la necesidad de distinguir en el ámbito de las penas que se imponen por el Estado, aquellas que constituyen la consecuencia específica de delito y que, por ello, se denomina criminales.

1.3 La acción

La acción consiste en un movimiento corporal del sujeto; en esta forma de conducta la fuerza psíquica opera sobre los nervios motores, determinando un movimiento muscular, que representa precisamente la manifestación exterior de la voluntad del sujeto. La mayoría de veces se trata de movimientos de las extremidades, que son los órganos con los que el hombre realiza la mayor parte de las modificaciones del mundo exterior. Con frecuencia la acción se concreta en la palabra, que es también efecto de determinados movimientos musculares; pero también con otros desplazamientos o movimientos del cuerpo y hasta con una mirada pueden producirse efectos en la realidad externa.



Interesa observar, a los fines del derecho, que la acción se presenta muchas veces de una manera compleja, es decir, como una serie o multiplicidad de movimientos corporales; cada uno de tales movimientos se denomina acto y el conjunto de los actos constituye la acción. El acto, por ello, no es más que un fragmento de la acción en los casos en que ésta no se agota en un solo movimiento corpóreo.

Conviene considerar al respecto que el hombre, hallándose dotado de conciencia y de voluntad, no actúa más que para conseguir determinados fines. Actuar, en el fondo, significa operar para finalidades conscientes. En consecuencia, al menos normalmente, la acción es el comportamiento humano orientado hacia una finalidad; ahora bien, es precisamente la dirección hacia un fin consciente lo que imprime a la acción un carácter unitario. Los actos exteriores individuales se conectan y reducen a una unidad entre sí por el fin que el hombre se propone. De esta manera, quien golpea diversas veces con un puñal a una persona a fin de matarla, no realiza tantas acciones cuantas sean las heridas ocasionadas, sino que cumple una sola acción.

Sin embargo, la unidad del fin no basta normalmente para imprimir a la acción un carácter unitario, puesto que varias acciones pueden estar también animadas por una sola finalidad. Piénsese en quien difunde en ocasiones diversas noticias calumniosas para desacreditar a otra persona. A fin de que la acción sea única es necesaria alguna otra cosa, que es precisamente la denominada contextualidad: los diversos actos o conjuntos de actos se deben subseguir de manera inmediata, sin notable interrupción, formando un conjunto distinto. Si, por el contrario, transcurre entre unos y otros un lapso de tiempo considerable, existe una multiplicidad de acciones y no una sola

acción. Se deriva de ello que para la unidad de la acción resulta preciso que los actos, además de ser guiados por una sola finalidad, se desenvuelven en un único contexto.

1.4 Cohecho y su definición

Para elaborar cualquier concepto, suele resultar útil analizar el origen etimológico de las palabras. Sin embargo, en el caso de cohecho el uso de esta herramienta plantea de inmediato una dificultad, porque los autores no están de acuerdo en la determinación de la raíz etimológica del término cohecho. En efecto, mientras por un lado, hay quienes creen que se deriva de la voz latina “conficere o confectare que es equivalente a sobornar o corromper a un funcionario público”², por otro, hay quienes piensan que procede del vocablo latino “coactare, es decir, forzar, obligar, compeler, lo que obedecería a que, en un principio el hecho realizado pudo revestir la idea de fuerza”³. Esta falta de consenso en la doctrina obliga a desechar el recurso etimológico, al momento de intentar elaborar un concepto de cohecho.

En cualquier caso, prescindiendo de consideraciones etimológicas, es posible constatar en la doctrina algunos conceptos de que se han propuesto. Es el caso, por ejemplo en una clásica definición que el cohecho consiste en la venta que de un acto perteneciente a funciones de un empleado público, adquiera un beneficio económico, cuando en regla general debería ser gratuito. Esta definición no resulta aplicable a la regulación del cohecho, por las siguientes razones; en primer lugar, porque pone el acento en solo

²Rodríguez Ramos Luis, **Transfuguismos retribuido y cohecho**, pág. 441

³Casas Barquero Enrique, **Observaciones técnico-jurídicas**, pág. 200



uno de los sujetos intervinientes que es el funcionario. En segundo término, porque para que haya cohecho no es necesario que el funcionario reciba prestación alguna. Y en tercer lugar, porque puede haber cohecho aun tratándose de actos por los cuales sea necesario pagar derechos.

“También Enrique Casas Barquero, ha dado un concepto de cohecho, señalando que consiste en “la conducta, activa o pasiva, realizada por un funcionario público que, en virtud de una remuneración económica, tiende a incumplir sus deberes para con el Estado, así como la conducta, activa o pasiva, del particular que mediante una retribución de carácter económico, trata de conseguir que un funcionario público quebrante el cumplimiento de los deberes que al mismo son impuestos por razón de ejercicio del cargo”⁴. Esta definición resulta mucho más acorde con la regulación del delito de cohecho contenida en el Código Penal.

La esencia del delito de cohecho es desde luego individualizable en el libre convenio al que pretenden llegar el funcionario y particular, convenio que tiene por objeto la venta a cambio de un precio de las facultades jurídicas o de facto que el cargo confiere al funcionario y se concreta por este motivo en un tráfico ilícito de la función pública; si bien esta definición parece bastante acertada, no significa que permita explicar todas las situaciones que la legislación penal reciben el nombre de cohecho. Porque por ejemplo, si un funcionario público ejecuta un acto debido de su propio cargo, en razón del cual no le están señalados derechos pertinentes, y después de realizarlos solicita

⁴Ibíd, pág. 200



un beneficio económico a un particular por haberlo ejecutado, estarán satisfechas las exigencias típicas del cohecho de acuerdo con lo establecido en el Código Penal.

También la jurisprudencia ha contribuido a definir al cohecho. Así, por ejemplo, un Tribunal Supremo Español ha dicho que este delito consiste en la corrupción de un funcionario realizada mediante precio; y con el fin de ejecutar un hecho opuesto al cumplimiento de los deberes oficiales inherentes al ejercicio del cargo. Algunas de las razones emitidas para criticar las anteriores definiciones pueden ser reiteradas aquí, teniendo a la vista la regulación del cohecho contenida en el Código Penal. En efecto, por un lado, solo se está haciendo alusión al funcionario, omitiendo toda referencia al particular y, por otro, se está poniendo el acento en el cumplimiento de los deberes del cargo; pero eso no es todo. Esta definición solo alude a la ejecución de un acto por parte del empleado público, sin hacer referencia a la omisión de un acto debido de su propio cargo.

Con todo, tras examinar la bibliografía básica existente en materia de cohecho, llama poderosamente la atención el hecho de que, en general, los autores se han mostrado reacios a dar un concepto unitario de este delito. Quizás la explicación esté en que la propia regulación legal del cohecho fue por años un tanto confusa, lo cual puede haber contribuido a que los intentos doctrinales se hayan limitado a señalar los cargos comunes a los distintos tipos penales que se engloban bajo esta denominación.

Se estima, con el único objeto de invitar a la discusión doctrinal sobre el punto, la construcción de una definición del delito de cohecho, como la conducta activa o pasiva



de un funcionario público, destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste.

1.5 Clasificación

Según cuál sea el punto de vista el cual se le considere, el delito de cohecho admite varias clasificaciones, entre las cuales destacan las siguientes:

1.5.1 Cohecho activo y cohecho pasivo

La adopción de esta nomenclatura tuvo una explicación histórica. En efecto, en España hasta antes de la reforma legal de 1944, solo se sancionaba a título de cohecho al funcionario que recibía o aceptaba dádivas, y al particular que las ofrecía. En otras palabras, se castigaba una conducta pasiva del funcionario y una activa del particular. Así las cosas, no había ningún obstáculo para denominar cohecho pasivo al cometía el empleado y cohecho activo al que realizaba el particular. Sin embargo, tras la mencionada reforma, se tipificó como cohecho del funcionario una conducta activa, consistente en solicitar dádivas o presentes, y como cohecho del particular una conducta pasiva, consistente en aceptar dádivas o presentes solicitados por el funcionario. “Como se comprenderá, a partir de entonces perdió sentido la nomenclatura utilizada, toda vez que no parece correcto usar la expresión cohecho



activo para aludir a una conducta pasiva de un particular, y la expresión cohecho pasivo para hacer referencia a un comportamiento activo de un funcionario”⁵.

Al igual que en el caso español, la terminología utilizada se ha desnaturalizado; por eso se cree que sería más correcto hablar, simplemente, de cohecho del funcionario público y de cohecho del particular, distinguiendo en uno y otro caso entre comportamientos activos y pasivos. Así, habría cohecho activo del empleado público, cohecho pasivo de éste, cohecho activo del particular y cohecho pasivo de éste.

1.5.2 Cohecho antecedente y cohecho subsiguiente

Esta es una clasificación que no goza de tanta aceptación como la anterior. Con la expresión cohecho antecedente, se quiere aludir aquella situación en la que el beneficio económico se solicita, ofrece, acepta o consiente en dar para la ejecución de un acto futuro por parte del empleado público. En cambio, la expresión cohecho subsiguiente, hace referencia a los casos en que el beneficio económico se solicita, ofrece, acepta o consiente en dar como recompensa por un acto ya realizado por el funcionario.

“Algunos autores consideran que el castigo de cohecho subsiguiente no se encuentra del todo justificado desde el punto de vista de la afectación del bien jurídico, y que su

⁵ Casas Barquero Enrique, *Algunos aspectos de los delitos del funcionario público y del particular relativos a dadas, presentes, ofrecimientos*, , pág. 655

punición se debe únicamente a una razón político-criminal, cual es la sospecha de un pacto previo de pago por el servicio, cuya existencia resulta difícil probar”.⁶

En el caso de Guatemala, entre el cohecho antecedente y subsiguiente resulta procedente, toda vez que los Artículos 439 y 442 del Código Penal se ponen en tanto en la situación en que el beneficio solicitado, aceptado u ofrecido sea para ejecutar u omitir un acto, como en la situación en que el beneficio se solicite, acepte, ofrezca o consienta en dar por haber ejecutado u omitido un acto.

1.5.3 Cohecho propio y cohecho impropio

Dentro del cohecho del funcionario público en la terminología tradicional, cohecho pasivo, los autores, tanto en la doctrina nacional como en la extranjera, suelen realizar una subdistinción entre el cohecho propio y el impropio. Sin embargo, se cree que el criterio que se usa para efectuar esta clasificación no es uniforme y depende de la forma en que el cohecho aparece regulado en las distintas legislaciones. “En España, por ejemplo, se sostiene que el criterio para distinguir entre el cohecho propio y el impropio es el carácter justo o injusto del acto objeto del delito. Así, sería cohecho propio aquel en el que se persigue la obtención de un acto injusto, en tanto que sería impropio aquel en el que se busca la realización de un acto justo”.⁷

⁶ Díaz y García Conledo Miguel, *El delito de cohecho*, pág. 167

⁷ Rodríguez Puerta María José, *El delito de cohecho*. Pág. 155

La señalada falta de uniformidad de criterios doctrinales para efectuar la distinción entre el cohecho propio y el impropio, hace pensar que se trata de una clasificación que debiera comenzar a ser dejada de lado; ello debería ser así, no solo por la poca utilidad que tiene el realizar distinciones doctrinales cuyo contenido difiere tan radicalmente, según la forma que asume la regulación de este delito en las distintas legislaciones, sino también porque la propia terminología empleada no aparece adecuada.

1.6 Naturaleza unilateral o bilateral

Durante mucho tiempo se ha discutido en la doctrina acerca que si el delito de cohecho tiene naturaleza unilateral o bilateral, es decir, respectivamente, si el cohecho del funcionario público y el cohecho del particular son dos delitos autónomos e independientes o si, por el contrario, constituyen las dos caras de un mismo y único delito. La posición que afirma que el cohecho tiene naturaleza bilateral, ha señalado como argumentos principales, por un lado, el hecho de que para su perpetración se requeriría la concurrencia de dos personas el empleado público y el particular y, por otro, la circunstancia de que este delito consistiría en un acuerdo entre el funcionario y el particular, en cuya virtud aquel acepta de éste una compensación no debida por un acto en el ejercicio de su cargo. Por su parte, la posición que afirma que el cohecho tiene naturaleza unilateral ha argumentado a partir de la constatación de que este delito se consumaría con la mera solicitud del funcionario o el simple ofrecimiento del particular, no siendo necesario que la solicitud o el ofrecimiento sean aceptados por sus destinatarios.



En España esta discusión, prácticamente, no existía antes de la modificación legal que en 1944 se hizo en la regulación del delito de cohecho. En efecto, hasta antes de esta reforma la doctrina española se había uniformado en el sentido de considerar que el cohecho tenía naturaleza bilateral. Pero en dicho año se instauró como conducta típica en el Código Penal Español la solicitud de dádivas o presentes por parte del funcionario público, porque esta forma de comportamiento, atendida la estructura bilateral que tenía el cohecho, permanecía hasta entonces impune. Esta modificación vino a poner en duda la tesis que afirmaba que el cohecho tenía carácter bilateral, toda vez que ya no era necesario acuerdo alguno entre el funcionario y el particular para que el delito se consumara, bastando la sola solicitud de dádiva o presente. “La discusión que entonces se generó, con el correr del tiempo fue decayendo, hasta el punto que es posible afirmar que hoy en España es posición doctrinal abrumadoramente mayoritaria la que afirma la naturaleza unilateral del delito de cohecho”.⁸

En el caso de Guatemala, ha sido tradicional la postura que sostiene que el delito de cohecho tiene carácter bilateral. Sin embargo, la legislación únicamente se refiere al funcionario o empleado público que solicita o acepta el ofrecimiento de alguna dádiva o presente, y por otra parte, el particular que ofrece alguna dádiva o presente no obstante el acto que cada uno realiza es independiente, por lo que resulta necesario explicar que, en el caso que existiera un acuerdo entre éste y el particular, bastando su sola solicitud de algún beneficio económico, aunque no fuese aceptada. En consecuencia, a mi juicio, es posible afirmar que el delito de cohecho, atendida su actual regulación en el Código Penal, tiene naturaleza unilateral.

⁸ Catalán Sender Jesus, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, pág.195

1.7 Bien jurídico tutelado

La determinación del bien jurídico protegido en el delito de cohecho, si bien no es un punto muy tratado por la doctrina nacional, ha originado una fuerte discusión en la doctrina extranjera. No sólo se ha discutido cuál es este bien jurídico, también si existe un único bien jurídico protegido, tanto por el cohecho del funcionario, como por el del particular, o si, por el contrario, ambas clases de cohecho buscan cautelar bienes jurídicos diferentes.

En España, dentro de quienes, minoritariamente, sostienen que el cohecho del funcionario y el cohecho del particular pretenden proteger bienes jurídicos distintos, destaca Enrique Barquero. Este autor afirma que: “en el delito de cohecho, cometido por el funcionario el objeto de tutela está constituido por el deber básico inherente a la condición de todo funcionario público, cual es el relativo al fiel desempeño de la función del cargo. De manera correlativa con el alcance del deber funcional, se trata de tutelar penalmente además la confianza, consustancial a la titularidad de la función, que en el titular de la misma se deposita por el Estado y por la propia sociedad en general”.⁹

Y por lo que respecta al cohecho del particular, señala este autor que: “el particular actúa en perjuicio o detrimento de las funciones públicas del Estado. Su conducta implica atentar no sólo contra la función concreta que incumbe al funcionario singular, sino también contra el normal desarrollo de las funciones públicas. Asimismo, el comportamiento típico del cohecho realizado por el particular, afecta a la esencia de la

⁹Ibid, pág. 213

dignidad del Estado y al prestigio social que en todo momento han de ostentar los entes públicos en el marco de la ordenación jurídica de la vida social”.

Esta posición puede ser criticada por varias razones. En primer lugar, porque eleva la categoría del bien jurídico tutelado en el cohecho del empleado público el deber funcional, lo que revela una visión autoritaria que no tiene en cuenta que la existencia de la Administración Pública se explica, únicamente, por el beneficio que su actividad significa para los ciudadanos. Los deberes que emanan de los cargos públicos no se explican por sí solos, sino en cuanto su cumplimiento conduce a la prestación de un servicio para la comunidad. En segundo lugar, porque también considera como bien jurídico en el cohecho del funcionario la confianza que en éste depositaría el Estado y la sociedad en general. “Es posible constatar que los ciudadanos, efectivamente, confían en que los funcionarios públicos se desempeñen con probidad en el ejercicio de sus cargos, pero dicha confianza no sólo se ve afectada en el cohecho, sino también en otros delitos que los empleados pueden cometer”.¹⁰ Ejemplo de estos son los fraudes ministeriales y en las malversaciones. No parece que esta confianza sea el bien jurídico específicamente protegido en el delito de cohecho. Además, si lo fuera, no podría apreciarse un delito de cohecho, por no resultar afectado el bien jurídico, cuando la conducta descrita en el tipo sea realizada por un funcionario que no goce la confianza de la ciudadanía por ser, en opinión de ésta, una persona corrupta, lo cual no resultaría aceptable. En tercer lugar, porque algo parecido puede decirse respecto de la pretensión de esta posición, de considerar como bien jurídico protegido en el cohecho del particular, la dignidad del Estado y el prestigio social de los

¹⁰ Olaizola Nogales Inés, *El delito de cohecho*, pág. 99



entes públicos. La existencia del Estado y de los entes públicos tiene su razón de ser en la protección del bien común, sin que se puedan justificar por sí solos. Además, la dignidad parece ser algo inherente a toda persona humana y no algo propio del Estado.

Por otra parte, aún cuando un ente público no goce de prestigio en la sociedad, los particulares igualmente tienen la posibilidad de cometer un delito de cohecho cuando ofrecen a sus funcionarios beneficios económicos indebidos, lo que resultaría incompatible con una tesis que afirme que el bien jurídico tutelado en este delito es el prestigio social de los entes públicos. Y en cuarto lugar, porque esta posición plantea que es también un bien jurídico protegido en el cohecho del particular el normal desarrollo de las funciones públicas, lo cual implica sostener que el particular tendría una especie de deber de respetar el normal desempeño de las actividades de los órganos del Estado. La verdad es que no se divisa la razón para sostener que éste sea un bien jurídico, que se pretende tutelar en el cohecho del particular y no en el del funcionario. La lógica indica que una afirmación correcta tendría que ser hecha en un sentido completamente inverso. Por otro lado, no hay claridad en cuanto a la fuente de la que emanaría dicho deber. Además, tal deber, en caso de existir, no podría ser elevado a la categoría de bien jurídico sino en un régimen totalitario o, al menos, autoritario.

1.8 La confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración

En esta postura destaca Enrique Bacigalupo, quien señala que el bien jurídico en el delito cohecho es: “la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial según los principios del Estado de derecho”¹¹. Esta opinión resulta criticable, por razones ya señaladas más arriba. La confianza pública en que los empleados se comporten con probidad no sólo se ve afectada en el cohecho, sino también en otros delitos cometidos por funcionarios. Además, si éste fuera el bien jurídico protegido en el cohecho, no podría considerarse cometido este delito, por falta de afectación del bien jurídico, cuando la conducta sea realizada por un funcionario que no goce de la confianza pública, por ser estimada una persona corrupta.

1.9 El principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública

Es ésta una posición que en la actualidad goza de bastante aceptación, en la que destaca, entre otros, María José Rodríguez Puerta, quien afirma que: “lo que propiamente se configura como objeto de tutela es el respeto al principio de imparcialidad, que vincula de un lado a los poderes públicos, en cuanto principio alumbrador del ejercicio de la actividad administrativa y judicial, y, circunscrita a la desviación del fin, a la actividad legislativa o política. El referido principio es proyectable también a los ciudadanos, en cuanto destinatarios de esa actividad pública, dado que la relación con estos últimos viene también limitada por el respeto a la Constitución y los

¹¹ Bacigalupo Enrique, *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, pág. 1100

principios en ella consagrados”.¹² Sin embargo, también puede ser criticada. Por un lado, porque si bien es cierto que la imparcialidad efectivamente puede resultar afectada en un delito de cohecho, también lo es el hecho de que ella puede igualmente ser atacada en otros delitos cometidos por funcionarios, como, por ejemplo, el tráfico de influencias. No parece, en consecuencia, que la imparcialidad sea el bien jurídico específicamente protegido en el cohecho. Y por otro lado, porque existen tipos de cohecho que no necesariamente requieran una vulneración de la imparcialidad.

1.10 Ciertos deberes del cargo del funcionario público

Cada vez se encuentra más abandonada la postura que afirma que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho está constituido por una serie de deberes que han sido encomendados al funcionario por el Estado y que emanarían del cargo que desempeñan. Pero aun subsisten autores que la defienden, es el caso, por ejemplo, de Carlos Granados Pérez, quien sostiene que el bien jurídico que se intenta tutelar por el cohecho es: “la integridad y lealtad del funcionario al Estado, así como el cumplimiento de los deberes que al mismo le vienen impuesto por razón del ejercicio del cargo”¹³.

Esta posición puede ser criticada por las razones ya señaladas supra. Identificar como bien jurídico del cohecho los deberes funcionariales es propio de un sistema de tinte claramente autoritario. Los deberes de los empleados públicos no se justifican por sí solos, sino que en su existencia obedece a que conducen a la prestación de un servicio

¹² Rodríguez, *Ob. Cit*; pág. 83.

¹³ Granados Pérez Carlos, *El instrumento en el delito de cohecho*, pág. 143

para la comunidad. En otras palabras, dichos deberes no son el bien jurídico del cohecho, sino que su cumplimiento permite proteger el auténtico bien jurídico tutelado por este delito.

1.11 Opinión personal

A mi juicio se comparte el criterio, que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho, tanto en el del funcionario público como en el del particular, es el correcto servicio que la Administración Pública presta a los ciudadanos. Si el cohecho consiste, según la definición propuesta más arriba, en una conducta activa o pasiva de un funcionario público, destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, o en una conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste, la razón para castigar esta clase de comportamientos es que impiden o dificultan que el servicio a los ciudadanos, razón de ser de la existencia de los organismos públicos y los deberes funcionarios, se preste de manera correcta. Para que esta prestación de servicios se estime correcta, es necesario que a los ciudadanos no se les pida que paguen por ella, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos los ciudadanos puedan ofrecer por ella. Y en caso que la prestación de servicios no sea gratuita, para que ésta se considere adecuada, es necesario que a los particulares no se les pida que paguen más que lo que se encuentra establecido en el propio ordenamiento jurídico, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que puedan ofrecer por sobre el monto fijado.

Como se advertirá, esta posición obliga a sostener que el delito de cohecho atendiendo al modo en que se produce la afectación del bien jurídico, puede ser de lesión o de peligro. Será un delito de lesión o daño efectivo para el bien jurídico cuando se trate del cohecho del funcionario público. Ello, porque si el empleado solicita o acepta un beneficio económico, en caso de prestaciones gratuitas, o mayores derechos que los debidos, en caso de prestaciones remuneradas, para ejecutar un acto propio de su cargo, ya habrá impedido que el servicio llamado a prestar se brinde de manera correcta.

En cambio, será un delito de peligro para el mismo bien jurídico cuando se trate del cohecho del particular. “Esto, porque si el particular ofrece un beneficio económico, en caso de prestaciones gratuitas, o mayores derechos que los debidos, en caso de prestaciones remuneradas, su conducta no necesariamente impedirá que el servicio se preste de manera adecuada, toda vez que no está en sus manos, sino en las del funcionario, la efectiva lesión del bien jurídico, aunque generara un peligro de que así ocurra”.¹⁴

¹⁴Matus Acuña, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez Guzmán, *Lecciones de derecho penal chileno*. pág. 202

CAPÍTULO II

2 . Figura básica de cohecho del funcionario público, activo o pasivo

Se sanciona el empleado público que solicita (modalidad activa) o acepta (modalidad pasiva) recibir mayores derechos que los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo, en razón del cual no le están señalados derechos.

2.1 Verbo rector

En lo que respecta al verbo rector, el tipo exige que el funcionario realice una conducta consistente en solicitar o aceptar. Lo primero significa según el Diccionario de la Real Academia Española, pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado, es también pedir algo de manera respetuosa, o rellenando una solicitud o instancia. Pero no es necesario que la petición se haga en forma expresa, ya el tipo penal no lo exige, sino que basta con que se realice de cualquier forma idónea para transmitir el mensaje. Por ejemplo, a través del simple gesto de estirar la mano. Lo segundo significa, conforme al mismo Diccionario, “aprobar, dar por bueno, acceder a algo”¹⁵. Y al igual que la conducta de solicitar, no es necesario que la aceptación se realice de manera expresa, bastando cualquier comportamiento que revele inequívocamente la manifestación de voluntad en el sentido de consistir. Por ejemplo guiñando un ojo o

¹⁵Casas, Ob. Cit; p. 216.

asintiendo con la cabeza. En consecuencia, no se requiere que el funcionario reciba algo del particular para que su comportamiento se considere típico, sino que basta que admita lo que el particular le ofrece.

2.2 Derechos señalados por razón del cargo

En lo que dice relación con los derechos que están señalados por razón del cargo del empleado, cabe incluir aquí todos los casos en que los funcionarios están facultados para cobrar una suma de dinero por el servicio que prestan al público. Así, ocurre, por ejemplo, con los notarios, los conservadores, los archiveros y los receptores. Estos funcionarios sólo pueden cobrar los montos establecidos en sus respectivos aranceles, incurriendo en el delito de cohecho si solicitan o simplemente aceptan sumas superiores.

2.3 Beneficio económico

En cuanto al beneficio económico para la realización de un acto, en razón del cual no están señalados derechos al funcionario, caben aquí todas las hipótesis en las que éste no se encuentre facultado para cobrar dinero al público por el ejercicio de su cargo. Esto puede darse en dos situaciones. La primera, cuando nunca puede cobrar al público por sus servicios (por ejemplo, el forense del servicio médico legal, quien no está facultado para cobrar a los familiares del difunto por realizar el examen de necropsia), y la segunda, cuando estando facultado en general para cobrar por sus servicios, en algunos casos se le prohíbe hacerlo (por ejemplo, cuando los notarios, los

conservadores, los archiveros o los receptores prestan sus servicios a quien goce del privilegio de pobreza). En estos casos el funcionario no puede solicitar ni aceptar dinero alguno por la realización del acto propio de su cargo.

Siempre en relación con el beneficio económico, conviene detenerse para analizar el contenido que debe tener. En la doctrina extranjera se discute acerca de la naturaleza de esta ventaja que el funcionario procura obtener o que el particular le ofrece. “En España, por ejemplo, algunos autores se inclinan para sostener que el beneficio debe tener naturaleza pecuniaria”.¹⁶“En tanto que otros afirman que puede ser de cualquier clase, no necesariamente pecuniaria, como sería el caso, verbigracia de la prestación de un favor de carácter sexual”¹⁷. Esto no quiere decir que no se sancione al funcionario que solicite un favor de esta naturaleza a quien tenga algún asunto que dependa de la resolución de aquél. Se le castiga, pero no a título de cohecho, sino como una forma de abuso contra particulares. Con todo, podría discutirse si acaso es necesario que el beneficio económico se traduzca en una suma de dinero. Se estima que, ello no es imprescindible, bastando con que sea reducible a valor pecuniario. Por ejemplo, la solicitud u ofrecimiento de regalar un valioso cuadro o un par de entradas en primera fila para asistir a un concierto de un internacionalmente conocido cantante de ópera, o de condonar una deuda del funcionario, cuyo acreedor es el particular, o de pagar una deuda del empleado.

¹⁶Ibíd, pág. 229 a 233

¹⁷Córdoba Roda Juan, *El cohecho de funcionarios públicos*, pág. 177



Resulta interesante analizar también, si tiene alguna relevancia la cuantía del beneficio económico solicitado o aceptado por el funcionario público, así como el hecho de que dicho beneficio consista en atenciones que resultan corrientes en la vida social. A diferencia de la doctrina nacional, que en lo que se alcanza, no se ha pronunciado sobre el punto, la doctrina extranjera si, lo ha hecho. En España por ejemplo, en lo que dice relación con la mayor o menor cuantía del beneficio; mientras algunos sostienen que el monto de la ventaja económica resulta completamente irrelevante, la mayoría afirma que no puede apreciarse un delito de cohecho frente a beneficios económicos de valor insignificante. En todo caso, parte de esa postura mayoritaria matiza su aseveración, señalando que es exigible que la cuantía resulte suficiente para motivar al funcionario a actuar en el sentido que el particular desea. Por otra parte, en lo que respecta a la solicitud, aceptación, ofrecimiento o entrega de ciertos beneficios económicos en contexto socialmente adecuados o tolerados, la doctrina española afirma, en general, que en estos casos no resulta procedente apreciar un delito de cohecho.

En Guatemala, a pesar de que la regulación del delito de cohecho contenida en el Código Penal no hace alusión alguna a esos aspectos, las consideraciones que giran en torno a la idea de la adecuación social deben ser tomadas en cuenta. En efecto, no puede sostenerse seriamente que sea voluntad de la ley penal, expresión de soberanía popular, el castigar comportamientos que la propia sociedad tolera o estima adecuados. Piénsese, por ejemplo, en los regalos que, con motivo de la celebración de Navidad, reciben ciertos funcionarios públicos por parte de los directos beneficiarios de sus servicios (carteros, basureros, etc.). Es evidente, que estos regalos se hacen por

haber ejecutado los actos propios del cargo del empleado en el año que termina y para que se los siga ejecutando el año siguiente (sin perjuicio de que pueda existir también una auténtica motivación solidaria), con lo cual las exigencias del tipo parecerían estar satisfechas, pero no por eso puede defenderse la procedencia del castigo de estas conductas. El criterio de la adecuación social lo impedirá. Con todo el análisis de la adecuación social del comportamiento, debe ser realizado caso a caso porque a pesar de que el hecho de entregar un regalo pueda, a primera vista, aparecer cubierto por este criterio, en definitiva podría resultar no estarlo (por ejemplo, cuando con ocasión de las fiestas de navidad ese regala al funcionario no un lápiz o una agenda, sino diez mil quetzales).

En cambio, se cree que no pueden tomarse en cuenta las consideraciones que giran en torno a la idea de la insignificancia de los beneficios económicos solicitados o aceptados por los empleados públicos. Desde luego, se está refiriendo a beneficios económicos solicitados o aceptados en situaciones que no se consideran socialmente adecuadas o toleradas. "Cuando no pueda operar el criterio de la adecuación social, la conducta del funcionario que solicita o acepta un beneficio económico debe estimarse típica -supuesta la concurrencia de los demás elementos del tipo-, a pesar del exiguo valor que pueda tener"¹⁸. Ello debe considerarse así, no sólo porque en situaciones de apremio económico un funcionario puede acceder a los requerimientos de un particular aun frente a ofrecimientos de bajísima cuantía, sino también porque así lo reclama una adecuada protección del bien jurídico. En efecto, si el bien jurídico en el delito de cohecho es, como se afirma más arriba, el correcto servicio que la Administración

¹⁸ Carrara Francesco, **Programa de derecho criminal parte especial**, pág. 100

presta a los ciudadanos, corrección que se traduce en la exigencia de que no se les pida que paguen por el servicio, ni tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que los ciudadanos puedan ofrecer por él, o en caso de que el servicio no sea gratuito, no se les pida que paguen más que lo que se encuentra establecido en el propio ordenamiento jurídico, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que puedan ofrecer por sobre el monto fijado, resultará afectado frente a cualquier beneficio económico que se pida o acepte por el empleado, aun cuando su cuantía sea muy reducida.

2.3.1 Acto, por realizar o por haber omitido

El hecho de que el Artículo 439 del Código Penal advierte, tanto en caso en que el beneficio económico que el empleado solicita o acepta, tenga por finalidad la realización futura de una acción, como en la situación en que se pretenda una recompensa por una acción ya realizada; permite sostener, que resulta procedente en Guatemala distinguir entre el cohecho antecedente y el subsiguiente. La misma distinción se realiza en la figura agravada de cohecho del funcionario del Artículo 439 y en el cohecho del particular del Artículo 442 del citado Código.

Lo primero que cabe señalar en relación con esta frase, es que ella revela una importante exigencia a nivel de tipo subjetivo, cual es que debe concurrir dolo directo en el sujeto activo. En efecto, la mencionada expresión resulta incompatible con un

dolo eventual. “Sólo de quien obra con dolo directo puede decirse que pide o acepta algo para realizar una acción o por haberla realizado”.¹⁹

El segundo comentario que merece la expresada frase, es que su inclusión obliga a detenerse en el análisis de la justificación del castigo del llamado cohecho subsiguiente. Como se señaló anteriormente, algunos autores afirman que el castigo de cohecho subsiguiente no se encuentra del todo justificado desde el punto de vista de la afectación del bien jurídico, y que su opinión se debe sólo a una razón político-criminal, cual es la sospecha de un pacto previo de pago por el servicio, cuya existencia resulta de difícil probanza. El bien jurídico protegido en el delito de cohecho, es el correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos, lo que se traduce en la exigencia de que no se les pidan que paguen por el servicio, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que los ciudadanos puedan ofrecer por él, o en caso de que el servicio no sea gratuito, que no se les pida que paguen más que lo que se encuentra establecido en el propio ordenamiento jurídico, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que puedan ofrecer por sobre el monto fijado, entonces el cohecho subsiguiente del funcionario público sí atenta contra el bien jurídico, lesionándolo. En efecto, cuando el empleado solicita o acepta de los particulares más derechos que los señalados por razón de su cargo o un beneficio económico por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, no está satisfaciendo las exigencias que impone el correcto servicio que la Administración debe prestar a los ciudadanos. En consecuencia, el

¹⁹ Mir Puig Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, pág. 229

castigo del cohecho subsiguiente, desde el punto de vista de la afectación del bien jurídico, a mi juicio, se encuentra legitimado.

2.4 Acto propio del cargo

Interesa también analizar qué debe entenderse por la expresión actos propios del cargo. En la doctrina española existen dos posiciones sobre el punto. “Una, que podríamos denominar restrictiva y que se percibe como minoritaria, afirma que por actos propios del cargo del funcionario público deben entenderse sólo aquellos cuya realización obedece al ejercicio de las funciones públicas, debiendo destacarse los actos que no pertenecen a la esfera de atribuciones del empleado, pero cuya comisión resulta facilitada por su condición de tal”.²⁰ “La otra que podríamos calificar como amplia y que nos parece mayoritaria, sostiene que por actos propios del cargo del empleado público deben comprenderse aquellos que guardan relación con las actividades públicas que éste realiza, pudiendo ejecutarlos con facilidad por la función que desempeña, pero sin que sea necesario que su ejecución corresponda específicamente al ámbito de su competencia”.²¹ Sin embargo, en Guatemala según el análisis de esta teoría resulta defendible, atendiendo que en la regulación del cohecho contenida en el Código Penal, cuyas disposiciones pertinentes aluden a actos propios del cargo.

Ahora bien, no puede sostenerse seriamente que sean actos propios del cargo de un funcionario aquellos que no pertenezcan a la competencia de éste, pero cuya

²⁰ Córdoba Ob. Cit; pág. 178.

²¹ Gimeno Lahoz Ramón y Teresa Corbella Herreros, Comentarios sobre el delito de cohecho, pág. 78.

realización pueda verse facilitada por su calidad de tal. Propio significa, como lo señala el Diccionario de la Real Academia Española, “perteneciente o relativo a alguien que tiene la facultad exclusiva de disponer de ello”²²; característico, peculiar de cada persona o cosa. En consecuencia, para dar un ejemplo de acto que no puede estimarse propio del cargo de un funcionario, se puede señalar que no comete esta forma de cohecho el guardia de una municipalidad que solicita o acepta un beneficio económico para destruir un expediente sumario administrativo instruido en contra de otro empleado municipal toda vez que ese acto no se encuentra dentro de su esfera de competencia.

2.5 Primera figura agravada de cohecho del funcionario público, activo o pasivo

Se sanciona con penas superiores a las correspondientes a la figura básica de cohecho de funcionario público que solicita (modalidad activa) o acepta (modalidad pasiva) recibir un beneficio económico, para sí o un tercero, para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo. Con el objeto de no repetir aquí consideraciones ya efectuadas a propósito de la figura básica de cohecho del funcionario público activo que regula el Artículo 439 del Código Penal, se remite al lector a lo que se ha señalado en relación con el verbo rector, el beneficio económico, el sentido de la frase para realizar o por haber omitido, y el alcance de la expresión actos propios del cargo.

Sin embargo, es necesario efectuar algunas precisiones respecto del beneficio económico. Por una parte, la figura básica del Artículo 439 del mismo cuerpo legal,

²²Diccionario de la Real Academia Española, pág. 912



como ya se ha señalado solamente se esta realizando un acto de cohecho pero, cuando la alusión del beneficio económico sea para realizar un acto y que en la misma constituya otro delito del cual le es prohibido al funcionario público, se cubre la hipótesis de un cohecho agravado regulado en el Artículo 440 del Código Penal.

Por otra parte, las consideraciones que giran en torno a la idea de la adecuación social, como ya se dijo, deben ser tomadas en cuenta para excluir del tipo básico del Artículo 439 comportamientos que a pesar de ser actos delictuosos, la propia sociedad tolera (por ejemplo, los regalos de navidad). En cambio no creo que existan consideraciones de esta clase en la figura agravada del Artículo 440, porque lo impide el segundo acto el de cometer un delito por ejemplo, que en la solicitud o aceptación del beneficio económico un agente de la Policía Nacional a sabiendas que presencié un hecho de robo deje en libertad al delincuente, no resulta posible estimar un criterio de adecuación social ya que la misma sociedad en algunas regiones del país han tomado la ley en sus propias manos ejerciendo su propia autoridad. Esto es así, porque si bien la sociedad puede considerar adecuado ciertas circunstancias, que los particulares entreguen a los funcionarios beneficios porque han cumplido su deber, pero no resulta aceptable para la misma sociedad que esos beneficios se entreguen porque los empleados no han cumplido su deber o para que dejen de cumplirlo.

2.5.1 Comentario a propósito de la frase, para omitir o por haber omitido

La conducta del funcionario que se abstiene de un acto debido propio de su cargo para obtener una ventaja, parece más grave que la del empleado que pretende conseguir

una ventaja a través de la ejecución de un acto debido propio de su cargo. “La mayor gravedad del primer comportamiento se explica, porque en él el funcionario pretende lograr un beneficio, dejando de cumplir con sus deberes, a diferencia de lo que ocurre en el segundo, en el cual busca obtener una ventaja para cumplir con sus deberes”.²³

De la misma forma como se ha señalado al analizar la frase para realizar o por haber omitido, contenida en el tipo básico del Artículo 439, que es la misma expresión “para omitir o por haber omitido” de que se vale la figura agravada del Artículo 440 que implica una importante exigencia al concurrirse un posible dolo directo en el sujeto activo. Un interesante problema puede plantearse si la omisión en la que se pretende que el empleado incurra, a cambio del beneficio económico, constituyera, a su vez, un delito. Si la omisión del acto debido constituye un delito como está previsto en el Artículo 440, se produciría un concurso aparente de leyes penales entre los Artículos 439 y 440. En esta hipótesis en todo caso, si se da el concurso por haber solicitado o aceptado el beneficio económico o por haber incurrido en la realización de un acto que constituya delito.

Llama la atención el hecho de que el legislador se ponga en el caso en que el beneficio económico se solicita o acepta por el funcionario sea para realizar u omitir un acto, o haberlo realizado u omitido, pero no aluda al caso en que el beneficio sea para retardar un acto o por haberlo retardado. “Piénsese, por ejemplo, en el hipotético caso de un fiscal que, movido por un afán de lucro, demore injustificadamente la tramitación de una orden de detención ante un juez competente, con el fin de permitir que la persona

²³ Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal parte especial*. Tomo IV, pág. 255

sospechosa de haber cometido un delito tenga la oportunidad de eludir la acción de la justicia, o bien retarde el cumplimiento de una orden de allanamiento para darle tiempo al imputado para que retire de su domicilio los objetos que puedan comprometerle”.²⁴ A veces conductas como estas podrán, de todas formas, estimarse típicas, considerándolas como un caso en que el beneficio económico se solicita o acepta para realizar o por haber retardado un acto por razón del cargo. Ello será así, especialmente cuando alguno de los deberes del cargo del funcionario le obligue a desenvolverse con rapidez en ejercicio de sus funciones. Sin embargo, esto no siempre ocurrirá, sobre todo en aquellos casos en que el empleado público cuenta con un plazo máximo para realizar un acto. Por ejemplo, imagínese el caso de un funcionario, a quien se le ha encomendado la instrucción de un sumario administrativo, y que acepta un beneficio económico que le ofrece el empleado inculcado, para que demore el cierre de la investigación hasta el último día del plazo, dándole así más días para recabar antecedentes probatorios de descargo. Se cree que existe fundamento serio para sostener que casos como éstos resultan atípicos, por lo menos, en lo que dice relación con los tipos de cohecho, por lo que se denuncia en este punto una laguna de punición. Vale la pena tener presente que en Guatemala esta situación fue constatada como un vacío de punibilidad, razón por la cual es necesario llenarlo, a través de la promulgación de una nueva ley.

²⁴ Ejemplos extraídos y adaptados de Donna, Edgardo Alberto, **Delitos contra la administración pública**, pág. 221

2.5.2 Infracción a los deberes del cargo

Un funcionario infringe los deberes de su cargo al ejecutar un acto, cuando con su realización contraviene las disposiciones que regulan de las funciones propias del cargo o del servicio al que pertenece. Estas disposiciones pueden estar situadas en textos normativos tan diversos como una ley, un reglamento, un instructivo, una circular, etcétera. El problema de esta infracción de deberes del cargo del funcionario no solo se puede presentar en el ejercicio de su actividad reglada, sino también dentro de su actividad discrecional. Particularmente, esto último puede tener lugar cuando el acto discrecional que realiza es de suma importancia por el exceso de poder que se le ha conferido.

2.5.3 Ejercer influencia en otro empleado público

Según lo prescrito anteriormente y de acuerdo a lo establecido en los Artículos 440 y 441 del Código Penal, la figura agrava de cohecho que se está estudiando aumenta cuando el funcionario solicita o acepta el beneficio económico para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes del cargo, y esta infracción consiste en ejercer influencia en otro empleado, perito o experto con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado.

Se ha estudiado en la doctrina nacional, si de alguna forma en el delito de cohecho sea comparado o tenga alguna relación con el delito de concusión establecido en el Artículo 449 del Código Penal. Sin embargo, a mi criterio existe cierta relación o coincidencia

entre ambas, ya que la finalidad que se persigue es la misma, la de obtener cierto lucro aunque en esta disposición no solo se le aplica a los funcionarios públicos sino también a contadores, tutores y albaceas, pero para el caso la estructura del acto es similar.

En cuanto al sentido de la expresión ejercer influencia, considero que para estar en presencia de esta conducta no puede bastar con una mera sugerencia o recomendación, sino que se requiere algo más. Según el Diccionario de la Real Academia Española, "influir significa ejercer predominio o fuerza moral, autoridad de alguien para con otra u otras personas o para intervenir en un negocio"²⁵; lo que da luz para determinar en qué consiste ese algo más. Se trata de la situación de superioridad en que debe encontrarse el funcionario público que busque influir en el empleado que tiene a su cargo la adopción de la decisión.

2.6 Segunda figura agravada de cohecho del funcionario público, activo o pasivo

Se castiga al empleado público que solicita (modalidad activa) o acepta (modalidad pasiva) recibir un beneficio económico, para sí o para un tercero, para cometer alguno de los delitos previstos en el título XIII capítulo III del libro segundo del Código Penal.

Para no reiterar consideraciones ya hechas, se remite a lo que ha señalado anteriormente a propósito del verbo rector y del beneficio económico. Pero en relación con éste y con lo dicho respecto de la adecuación social, se debe precisar que lo que cabe tener presente aquí no son los planteamientos efectuados a propósito de la figura

²⁵Diccionario de la Real Academia Española, pág. 621.

básica de cohecho del Artículo 439 del Código Penal, tomando en cuenta aquí que la expresión obligare o indujere, la pena se aumentará en una tercera parte, y no los realizados en relación con la figura agravada del Artículo 440 contemplado en Código Penal. La sociedad puede considerar adecuado o tolerar, en ciertas circunstancias, que los particulares entreguen a los funcionarios beneficios porque han cumplido su deber o para que lo cumplan, pero no resulta aceptable para la misma sociedad que esos beneficios se entreguen a los empleados que cometan ciertos delitos en sus cargos.

2.6.1 Falta de tipificación del cohecho subsiguiente

El primer comentario que cabe hacer respecto de esta disposición, es que llama la atención que sólo se ponga en el caso en que se solicite o acepte el beneficio económico para cometer un delito, y no en el caso en que se lo pida o acepte “por haberlo cometido”²⁶. Esto conduce al siguiente contrasentido. Para el legislador, resulta más grave la conducta de un empleado que solicita o acepta un beneficio económico por haber ejecutado un acto propio de su cargo, en razón del cual no le están señalados derechos (según el Artículo 439, las penas son prisión y multa), o por haber omitido un acto debido a su propio cargo, (según el Artículo 440 las penas son lo relativo al concurso de delitos), el comportamiento del funcionario aquí es que solicita o acepta un beneficio económico por haber cometido el delito de cohecho y además la realización de otro hecho delictivo, conducta que resultaría agravada de acuerdo al Artículo 70 del Código Penal que literalmente establece: “en caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ello sea medio necesario de cometer el

²⁶ Matus Acuña, Jean Pierre y María Cecilia, Ramírez Guzmán, *Ob. Cit*; pág. 204

otro, únicamente se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada hasta en una tercera parte”. En tal caso se produce un concurso ideal de delitos, integrados por el cohecho y el respectivo delito ministerial, para el que se ha contemplado en forma especial una regla de punición en el propio texto del señalado Artículo.

Es importante hacer mención de estos hechos delictivos como por ejemplo, el empleado público que incurre en la falsificación de documento estipulado en el Artículo 321 del Código Penal. En estos casos, la sola solicitud o aceptación del beneficio económico por parte del funcionario no originaría todavía para éste responsabilidad penal, porque no cabría en el tipo agravado del Artículo 440 y, respecto del concreto delito ministerial, se trataría en general de un acto preparatorio impune. Pero si la solicitud o aceptación del beneficio económico le sigue la efectiva comisión del delito ministerial, nacerá responsabilidad penal para el empleado por el correspondiente delito funcionario, agravada por la circunstancia modificadora del Artículo 440.

Por último, si la solicitud o aceptación del beneficio económico tiene como finalidad la comisión por omisión contemplado en el título II Artículo 18 del libro primero del Código Penal, tiene la particularidad de ser un delito de omisión propia (por ejemplo, la omisión de los funcionarios y agentes policiales que tengan noticia de un hecho punible perseguible de oficio que tengan que informar enseguida y detalladamente al Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en el Artículo 304 del Código Procesal Penal), el delito del funcionario o empleado omisivo efectivamente se comete; en este caso, se

produciría un concurso ideal de delitos compuesto por el respectivo delito omisivo y el cohecho agravado del Artículo 440 del Código en mención.

Conforme a este precepto resulta claro, sin necesidad de acudir a otra disposición a la que se remita, que la pena del empleado que comete un delito ministerial asociado a un cohecho no se le imputa una mayor pena de la que ya esta establecida. Esto no necesariamente es una regla, que sustituya la determinación judicial concreta de la pena, sino que se trata del marco legal abstracto, desde el cual el juzgador debe partir en el procedimiento de individualización de la sanción, tomando en cuenta los diversos factores que inciden en él (concursos, etapas del desarrollo del delito, intervención en el hecho, etcétera).

2.7 Disciplina penal y sociedad guatemalteca

Tradicionalmente, el país se ha regido por modelos legales importados, con adaptaciones no siempre felices por resguardar muy particulares intereses y mantener un sistema jurídico que ha permanecido de manera casi secular.

De tal condición participa el orden penal, pues generalmente, ha respondido a las exigencias impuestas por ciertos grupos de poder, de modo que se ejerce un control de defensa jurídica para aquellos funcionarios que gozan de antejuicio y que difícilmente prospera en su contra.



Ahora bien, la falta de un estudio sobre la realidad o la deformación de esa realidad, implica que la disciplina jurídica penal se desligue del carácter sociológico como ingrediente eficaz en los comportamientos, significando con ello retraso en la ciencia jurídica respecto a la ciencia social del tiempo.

Sin embargo, esa relación que debe existir entre disciplina jurídica y ciencia social, no descansa sólo en su identificación, sino en el producto de esa relación, constituida por la técnica jurídica; pero no una técnica jurídica que sea mecanicista como se ha dado en el congreso de la República y que muy poco se ha modificado las leyes penales; sino que los nuevos proyectos de ley que se aprueben o modifiquen sea para ir transformando y renovando el ordenamiento jurídico penal en etapas dinámicas de cambio de acuerdo a las transformaciones y relaciones sociales del país.

La exigencia de una técnica jurídica no debe tenerse como una posición indiferente para el legislador, el jurista, el juez o el sociólogo sino mantenerlo siempre como un sostén científico, en el que hará falta la rectificación constante y la formación en lo legislativo, lo jurisdiccional y lo académico, por medio de una visión adecuada del mundo y su realidad para transformarla positivamente.

2.8 Delincuente privilegiado

Llamados también delincuentes de levita o de cuello blanco, estos infractores son los que gozan de prerrogativas para quedar impunes, sobre todo por la protección del antejuicio que difícilmente prospera en su contra, cuando se trata de funcionarios

públicos que delinquen; o sin consecuencias penales por el favor gubernamental o judicial. También se cuenta entre ellos a los corruptos y corruptores, generalmente empresarios, banqueros, comerciantes, aparte que frecuentemente eluden dolosamente impuestos, se dedican al contrabando o lo patrocinan, de la misma manera en que, tanto empresarios como funcionarios, se dedican al narcotráfico en el que, incluso se han visto involucrados gobernantes, militares, diplomáticos y políticos.

En la lucha contra este flagelo de lesa humanidad, debiera incluirse como criminales a los países de doble conducta que dicen perseguir la narcoactividad; pero cuyas poblaciones son las mayormente desenfrenadas en esos vicios, a lo que se agrega que, en sus guerras con naciones asiáticas, estimulaban a sus soldados con estupefacientes incluidos en cigarrillos, golosinas o alimentos. Posiblemente todavía lo hagan.

2.9 Delincuente político

Bastante incertidumbre ha suscitado este encasillamiento en la clasificación de los delincuentes. Y es que la defensa del Estado, reducida nada más a la impune protección de quienes gobiernan, hace descansar la actividad sediciosa o de rebeldía, de un país, incluso tal incertidumbre ha hecho privilegiar estos hechos, eliminado, en su caso, la extradición y, junto a ella, la pena de muerte para sus autores.

Pero qué Estado o qué gobierno deben respetarse y consentir su permanencia.



Un gobierno totalitario, abusivo, irrespetuoso o de incondicional sumisión de los administrados, no merece acatamiento o deferencia, y por ello, quien está en desacuerdo, aun beligerantemente, con esa clase de Estado, no puede estimarse como delincuente, pues, precisamente la declaración de Derechos Humanos pregona: esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.

Sin embargo, debieran catalogarse como verdaderos delincuentes políticos a quienes tienen una conducta oficial aterradora, de intolerancia ideológica, de agresión o ataques de crueldad bélica de uno o más países contra otro u otros, que son delitos contra la paz; pero de raíz política, sin perjuicio de los delincuentes de guerra, a los que no debieran aplicarse bondades ni contemplaciones, sino ventilarse en tribunal internacional, como una forma más eficaz de proteger la humanidad.



CAPÍTULO III

3. Acerca del iter criminis en los diversos tipos de cohecho, tanto del funcionario, como del particular

El cohecho es un delito de mera actividad, toda vez que se perfecciona con la realización de una conducta, sin exigirse para su consumación que se produzca un resultado material unido por relación de causalidad e imputación objetiva con el comportamiento. En consecuencia, resulta imposible concebir este delito en grado de frustración, porque si el delincuente ejecuta todos los actos que la ley pone de su cargo, el cohecho ya se habrá consumado.

Si bien en lo anterior existe claridad, ésta desaparece cuando se examina la posibilidad de concebir una tentativa de cohecho. “Por un lado, hay quienes sostienen que este delito no admite formas imperfectas de ejecución, es decir, ni frustración ni tentativa. Por otro, hay quienes señalan que es muy difícil que se dé una tentativa de cohecho”.²⁷ Finalmente, otros afirman que es perfectamente posible apreciar una tentativa de cohecho. Existe inclinación personal por esta última postura. En efecto, se considera procedente apreciar una tentativa en un delito de mera actividad, siempre que su ejecución sea fraccionable en el tiempo. Las conductas que a título de cohecho se sancionan, dependiendo de cada caso, pueden admitir fraccionamientos en el tiempo. Los comportamientos consistentes en solicitar, en el caso del cohecho del funcionario, en ofrecer, en el caso del cohecho del particular, son susceptibles de dividirse,

²⁷ Vid. Catalán *Ob. Cit*; pág. 210

imaginariamente, en distintas etapas. Por ejemplo, la redacción de una carta en la que el funcionario solicita o el particular ofrece un beneficio económico, la entrega de la carta en las oficinas de correos, el traslado de la misma hasta el lugar del destino y su recepción por parte del destinatario. Hasta que esta última etapa no tenga lugar, no puede decirse que el empleado público haya solicitado a alguien un beneficio económico, ni que el particular se lo haya ofrecido a un funcionario, por lo que el cohecho no estará consumado, sino sólo tentado. Solicitar algo de alguien supone que el mensaje se emita y se reciba, en tanto que ofrecer algo a alguien implica que la propuesta llegue a conocimiento del destinatario. Imagínese, el caso en que para el traslado de la carta que contiene la solicitud o el ofrecimiento de un beneficio económico se recurre a un intermediario, quien tras imponerse de su contenido denuncia el hecho o destruye el documento. O bien, el caso en que la carta enviada se pierde en el camino. En casos como éstos, estarán satisfechas las exigencias literales del tipo de tentativa de la figura de cohecho que corresponda. En cambio, las conductas consistentes en aceptar, en el cohecho del empleado, y en consentir en dar, en el cohecho del particular, no admiten ser fraccionadas en el tiempo, por lo que respecto de ellas no sólo será imposible la frustración, sino la tentativa.

Como se comprenderá, si se acepta la posibilidad de apreciar una tentativa de cohecho, siempre que se trate de comportamientos fraccionables en el tiempo, también será admisible el desistimiento de dicha tentativa. Ello ocurrirá cada vez que el sujeto abandone voluntariamente la ejecución de la conducta, evitando la consumación del delito. Por ejemplo, imagínese el caso en que un funcionario público, desde la ciudad capital envía una carta con una solicitud de un beneficio económico dirigida a un

particular que vive en Alta Verapaz, a través del servicio de encomiendas de una empresa de buses y, mientras la carta es transportada a su lugar de destino, el empleado se arrepiente, viajando en dirección hasta alcanzar el bus que lleva la carta y recuperarla. Un caso como éste constituiría una tentativa desistida impune.

Una cosa es aceptar, la posibilidad de apreciar conceptualmente una tentativa de cohecho, vinculando la definición legal de la tentativa establecida en el Artículo 14 del Código Penal con el correspondiente tipo de cohecho de los Artículos 439 y siguientes del mismo cuerpo legal, y otra muy distinta es analizar si acaso la tentativa de cohecho presenta un desvalor tal que justifique su castigo. En otras palabras, si tiene un grado de lesividad suficiente para el bien jurídico que se quiere proteger con la regulación del delito de cohecho. “En relación con este tema, algunos autores han señalado que la tentativa de cohecho, si bien puede conceptualmente admitirse, no puede ser sancionada, por encontrarse demasiado alejada del bien jurídico tutelado”.²⁸ Sin embargo, se asume el criterio que, el castigo de la tentativa de cohecho se encuentra plenamente justificado. Quienes se oponen a que se sancione la tentativa de cohecho, con argumentos que giran en torno a la falta de afectación suficiente del bien jurídico, lo hacen a partir de concepciones del bien jurídico protegido por este delito que anteriormente se ha desechado. Desde esas posiciones resulta comprensible que se propugne la impunidad de la tentativa de cohecho. Pero si se asume, la postura acerca del bien jurídico tutelado en el cohecho, no resulta difícil apreciar un desvalor suficiente en la tentativa de este delito para justificar su castigo. En efecto, si se acepta que el bien jurídico protegido en el cohecho es el correcto servicio que la Administración debe

²⁸ Olaizola, *Ob. Cit.*, pág. 406

prestar a los ciudadanos, lo cual se traduce, entre otras cosas, en la exigencia de que a los ciudadanos no se les pida que paguen por dicha prestación o que paguen más que lo que se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico, se podrá fácilmente corregir que la sanción de las tentativas de cohecho, cuando éstas son conceptualmente admisibles, se encuentra plenamente justificada desde el punto de vista de la afectación del bien jurídico, porque en estos casos, precisamente, se ha comenzado a pedir aquello que se quiere evitar que se pida.

3.1 Figura básica de cohecho del particular, activo o pasivo

Se sanciona al que ofrece (modalidad activa) o consiente en dar (modalidad pasiva) a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones previstas en los Artículos 439 y 440, del Código Penal o por haber realizado o haber incurrido en ellas. Se castiga de igual forma al ofrecer el beneficio o al consentir en darlo. Realmente en estos casos de cohecho activo cometido por particular establecido en el Artículo 442 del Código Penal, no se establece penas más graves como se ven en reguladas en las legislaciones de otros países.

Para no repetir consideraciones ya efectuadas, remitimos al lector a lo que hemos señalado anteriormente a propósito del beneficio económico. Pero debemos precisar, en relación con la adecuación social, que esto significa que resulta procedente acudir a este principio sólo para excluir las conductas de ofrecer o consentir en dar un beneficio económico en relación con las acciones del Artículo 439 del Código Penal. La sociedad

puede estimar adecuado o tolerar, bajo ciertas circunstancias, que los particulares entreguen a los funcionarios beneficios porque han cumplido su deber o para que lo cumplan aunque realmente no debería de ser así por el hecho de percibir un salario acorde a sus funciones, pero no resulta aceptable para la misma sociedad que esos beneficios se entreguen para que los empleados no cumplan su deber o como recompensa por haber dejado de cumplirlo, o para que cometan delitos en el ejercicio de sus cargos.

3.1.1 Verbo rector

Al igual que los tipos básicos ya agravados de cohecho del funcionario, el tipo del particular, es de conductas alternativas. Se exige que se realice un comportamiento consistente en ofrecer un beneficio económico o en consentir en darlo. “Lo primero significa, según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, comprometerse alguien a dar, hacer o decir algo”²⁹. Pero no es necesario que el ofrecimiento se haga en términos formales y explícitos porque el tipo no lo exige, sino que basta cualquier conducta que revele inequívocamente la proposición económica que el particular le hace al empleado público, como por ejemplo, mostrarle un fajo de billetes que se tienen en el bolsillo. El referido Diccionario en un segundo término, significa permitir algo o condescender en que se haga. Pero tampoco es necesario que se consienta de manera expresa en entregar al funcionario lo que éste ha pedido, bastando cualquier comportamiento que constituya una manifestación de voluntad del

²⁹Diccionario, de la Real Academia Española, pág. 793.

particular, por ejemplo, asentir con la cabeza. Luego, no se requiere que el particular efectivamente entregue algo al empleado para que su conducta se estime típica.

3.1.2 Inclusión de la frase “en provecho de éste o de un tercero”

En todos los tipos de cohecho, del funcionario como del particular se contempla expresamente la posibilidad de que el beneficio económico que se ofrece o se solicita pudiese ser para sí o para un tercero, en consecuencia hoy se castigan como cohecho del particular que vaya en beneficio para sí, o en beneficio de un tercero exceptuándose lo que establece el segundo párrafo del Artículo 442 del Código Penal: “cualquier persona natural que ayude, colabore, animare, alentare, instigue, promueva o conspire en la comisión de los actos descritos en el párrafo anterior de manera indirecta y que se determine que es cómplice de los actos señalados, será sancionada con la pena señalada en el mismo rebajada en una tercera parte”, es claro y la ley lo regula que la pena a cumplirse por parte de los cómplices es menor que la pena principal. Pero no se puede dejar de analizar que esta tercera persona quien pudiera obtener el beneficio económico pueda ser cómplice del particular, o bien del funcionario público. Porque en ambos delitos ya sea cohecho pasivo o cohecho activo se hace alusión de que el beneficio económico puede ser para sí mismo o para otra persona.

3.1.3 La relación al principio de proporcionalidad en el cohecho del particular asociado al cohecho de funcionario agravado

La relación que existe en el Artículo 439 y el 442 del Código Penal permite sostener que existe interrelación con el principio de proporcionalidad, en cuanto a la aplicación de las penas estipuladas con multa y prisión, a excepción del segundo párrafo del Artículo 439 que literalmente preceptúa: “cuando el funcionario o empleado público obligare o indujere a la dádiva, presente, ofrecimiento o promesa, la pena se aumentará en una tercera parte”. En este caso el particular se le castigaría únicamente con la pena estipulada en el Artículo 442. La crítica es evidente, como se ha señalado el cohecho del funcionario es un delito de lesión o daño efectivo para el correcto servicio que la Administración debe prestar a los ciudadanos, en tanto que el cohecho del particular es un delito de peligro para el mismo bien jurídico; de esa cuenta, el respeto del principio de proporcionalidad y de lesividad debería conducirse a que sea el empleado quien soporte las penas más severas y no el particular. Por eso se sugiere interpretar restrictivamente el segundo párrafo del Artículo 439 y el 440, para entender que las penas contempladas sólo resultan aplicables al funcionario efectivamente cuando cometa el delito ministerial de que se trate.

Se hace esta sugerencia, mientras no se modifique o cambie su texto en el sentido indicado del Artículo 439 del Código Penal, incorporando en esta disposición una pena privativa de libertad para el empleado público que busca el beneficio económico.

3.2 Figura privilegiada de cohecho del particular

Se sanciona con penas más benignas, el cohecho del particular cuando se tiene por objeto la realización u omisión de una actuación de las previstas en los tipos básico o agravado de cohecho del funcionario de los Artículos 439 y 440 pero que medie en una causa criminal a favor del procesado, y sea cometido por su cónyuge o por ciertos parientes. Hay que tomar en cuenta que aquí aparte de las penas ya establecidas, se le aplicará una pena accesoria de inhabilitación especial por el doble de la pena privativa de libertad.

3.2.1 Fundamento de la atenuación

Ahora, bien la doctrina nacional poco se ha preocupado de estudiar las razones que justifican los atenuantes de la pena que, respecto del tipo básico de cohecho del particular del Artículo 442 del Código Penal prevé el tipo privilegiado de los Artículos 439, 440, 441, 442 bis y 444 del mismo cuerpo legal. “Pero quienes se han pronunciado sobre este punto, han afirmado que el fundamento de la atenuación se encuentra en la culpabilidad, concretamente, en una menor exigibilidad de otra conducta, es decir, en que en los casos a que alude la última disposición el legislador estima menos exigible el comportamiento adecuado a derecho, atendido a los especiales lazos que unen al autor del delito con el imputado o acusado en la causa criminal”.³⁰

³⁰ Etcheverry, Ob. Cit; pág. 259.

La determinación del fundamento de esta cláusula de atenuación de pena en el cohecho del particular, no es un asunto simple. Importantes efectos se puede derivar del hecho de sostener una u otra posición en diversas materias. Por ejemplo, en lo que respecta al posible error acerca de la concurrencia de la relación conyugal o de parentesco. El Artículo 442 del Código Penal, no especifica si la relación de parentesco o conyugal sólo se establece para sí mismo o para otra persona, en el caso de existir efectivamente el nexo exigido entre el autor del hecho y la persona imputada o acusada en una causa criminal, le será siempre aplicado la pena establecida en el Artículo 442 de dicho Código Penal, aun cuando el sujeto activo ignore la existencia de dicho vínculo.

Es bastante discutible sostener que el sujeto que actúa para favorecer a personas con quien está ligada por esa clase de relaciones lo haga siempre en una situación de anormalidad que le impida ser motivado por las normas o que a su respecto disminuya el juicio de reproche. Por otro lado, el legislador no alude de modo expreso las consideraciones de efectividad análogas que deban unir al sobornante con la persona favorecida; en consecuencia no se cree que sean razones de menor exigibilidad del comportamiento conforme a derecho las que explican esta atenuación de pena, sino que se trata de consideraciones algunas veces de tipo político que buscan proteger la institución de la familia, atendida su importancia en la sociedad lo que permite afirmar que, más bien, se está en presencia de una semi excusa legal absolutoria, o si se permite ante la denominación de una excusa atenuatoria.

3.2.2 Conducta realizada por el acusado en favor de tercero

Llama la atención el hecho de que el Artículo 442 del Código Penal, sólo aluda a los casos en que el cohecho del particular tiene lugar en causa criminal a favor del imputado o acusado, cuando éste es el cónyuge o pariente de quien realiza la conducta, y no se ponga en la hipótesis en que el sobornante es el propio imputado. Pareciera, en un primer acercamiento al tema, que se trata de una omisión del legislador. Sin embargo, se estima que en presencia de una excusa legal absoluta o, en otras palabras, una excusa legal atenuatoria, fundada en consideraciones de política criminal que buscan proteger la institución de la familia, a partir del reconocimiento de su importancia en la sociedad. Si el fundamento de esta cláusula, estuviera en la disminución de la culpabilidad, por una menor exigibilidad de la conducta adecuada a derecho cuestión que se rechaza, entonces sí sería procedente sostener que es ésta una omisión, porque si dicha exigibilidad disminuye cuando se ayuda al cónyuge o parientes, con mayor razón disminuirá cuando se trata de ayudarse uno mismo.

3.3 Algunos aspectos dogmáticos de los delitos de corrupción de funcionarios

En el ordenamiento jurídico penal, se clasifica algunos delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos en cuatro secciones a saber: incumplimiento de deberes, delitos de cohecho, delitos de peculado y delitos de concusión. El objetivo principal de este trabajo es tan solo delimitar algunos de los

problemas dogmáticos que afrontan los jueces al asumir actos de corrupción, perpetrados en el marco de la criminalidad organizada en el país.

Ya instaurando ciertas investigaciones se puede describir que este flagelo, no es solamente de unos cuantos funcionarios, sino que existe una red de corrupción de funcionarios infiltrados en las diferentes instituciones del estado; algunos temas vienen siendo materia de intenso debate dogmático en sede judicial, como por ejemplo, el concepto penal del funcionario público, que, en la fase de consumación de los delitos de cohecho pasivo y activo de funcionarios, tiene relevancia jurídico-penal de los actos cometidos en un contexto de criminalidad organizada y estructurada, y por último la participación de particulares en delitos especiales de corrupción de funcionarios.

3.3.1 La calidad típica de funcionario público

“La definición de funcionario público adquiere relevancia en los delitos contra la administración pública a partir de la distinción de-lege-lata con los tipos penales cometidos por particulares y delitos cometidos por funcionarios públicos. Este último grupo de infracciones constituyen verdaderos delitos especiales. En términos generales, es funcionario público aquella persona que ocupa un status especial que tiene un deber de garante para con la sociedad y con el Estado”³¹.

Desde un inicio, debe diferenciarse la noción penal de funcionario público del concepto administrativo o laboral. Así, para efectos penales son funcionarios públicos todas las

³¹ Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, pág. 92.

personas incursoas en algún supuesto del Artículo 439 del Código Penal. La adopción de esta definición legal en el texto punitivo, tiene la finalidad de manejar un concepto propio de funcionario público, y descartar cualquier duda interpretativa de la misma.

Respecto a los elementos que figuran la noción de funcionario público, la doctrina especializada y más actualizada exige la concurrencia de un elemento subjetivo, visto o expresado en la existencia de un título que se le otorga, y el otro elemento de naturaleza objetiva, que se vincula directamente con su participación efectiva en la función pública.

Ahora bien, la existencia del título y la participación efectiva en la función pública a de ser determinada en los tribunales de justicia a partir del momento en que el sujeto tiene capacidad para atentar contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública, pues sólo quienes poseen la cualidad típica de funcionarios públicos pueden lesionar este bien jurídico institucional.

Acorde con ello, en los casos de funcionarios que son nombrados por elección o sufragio popular, la calidad de funcionario público se adquiere para efectos penales una vez que el Tribunal Supremo Electoral concluye el proceso de cómputo de votos, y no a partir de la proclamación oficial, recepción de credenciales o juramentación, pues desde el momento en que el órgano competente concluye el proceso de cómputo de votos, el funcionario o agente sabe que está en posición de infringir las normas penales especiales y generar una situación de riesgo puesta en peligro para los intereses de la Administración Pública. Esta interpretación guarda coherencia con la tipificación



utilizada en los delitos de corrupción de funcionarios, caracterizados por la presencia de elementos subjetivos y objetivos.

3.3.2 La consumación en los delitos de corrupción de funcionarios

La fase consumativa del iter criminis en los delitos de corrupción de funcionarios públicos se determina por categorías, como ya se mencionó anteriormente tipos de corrupción activa y pasiva, corrupción propia e impropia; el comportamiento típico del funcionario consiste en la solicitud, recepción, promesa de cualquier donativo, y se ejecuta para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones. En estos delitos, la conducta típica y antijurídica se agota o consume con la sola solicitud o aceptación de donativos, promesa o cualquier otra ventaja por parte del funcionario público (corrupción pasiva), o con solo el ofrecimiento de dadas, promesas o ventajas de cualquier clase por parte del particular hacia el funcionario público (corrupción activa).

En tal virtud, en los delitos de corrupción pasiva y activa de funcionarios se anticipa la consumación a la realización de la actividad, de recepción, solicitud o entrega de dadiva unida a la intención de efectuar una segunda actividad realizar u omitir determinado acto; pero sin necesidad de que este posterior evento se produzca efectivamente. Con ello, la norma persigue sancionar el acto sin necesidad de que se consume la futura violación de las obligaciones del funcionario o servidor público.

Efectivamente, la tipificación de actos de corrupción de funcionarios como delitos de tendencia interna explican, la necesidad de prevenir y reprimir actos delictuosos de

funcionarios. En este sentido, en un caso concreto de corrupción no hace falta comprobar que el funcionario o servidor público se desvió de sus obligaciones, siendo suficiente acreditar que recibió el dinero o aceptó la promesa con la finalidad de consumación futura del delito.

3.3.3 La existencia de una asociación delictiva

Antes de revisar la participación de particulares en delitos de funcionarios públicos, considero esencial reservar este punto para resaltar con relevancia los delitos perpetrados por colaboradores que no necesariamente son servidores públicos, sino que se encuentran aislados pero que en un momento fueron expresión de decisiones políticas emanadas de un aparato criminal organizado de poder. A partir de esta pluralidad de actos que apuntan convergentemente a la existencia de ciertos grupos o asociación ilícita; se ha imputado a los integrantes de esta organización, la figura delictiva establecida en los Artículos 35, 36 y 37 del Código Penal, en donde la autoría, complicidad y participación adquieren relevancia, pues todos los miembros de una organización tanto empleados como particulares son responsables, en tanto que aceptan y aportan pre-ordenadamente a la ejecución de un plan delictivo.

En definitiva, el delito de asociación ilícita se da en una figura de organización premeditada, primeramente conspirando y haciendo proposiciones como lo establece claramente el Artículo 17 del Código Penal, que literalmente define que: "hay conspiración cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo. Y hay proposición, cuando el que ha resuelto cometer un delito,

invita a otra u otras personas a ejecutarlo”. Pues, sin importar la materialización de los ilícitos penales, cometidos lo que aquí se sanciona y se persigue es el peligro que representa para la sociedad y el riesgo que se da en infringir e interrumpir la tranquilidad pública de la sociedad.

Desde otro punto de vista, el bien jurídico penalmente protegido es, por tanto, la tranquilidad y la paz pública, diferencia del dolo específico que distingue el delito de asociación ilícita por las infracciones penales que dicha agrupación cometa al atentar contra la paz pública resultante del normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos al integrar una asociación destinada a cometer delitos.

En cuanto a los elementos materiales de la infracción, están: a) en lo que respecta al sujeto activo, se trata de un hecho pluri-subjetivo o pluri-personal, exigiéndose la concurrencia de una base organizativa entre ellos; y, b) la concurrencia de un elemento tendencial, finalista o teleológico, expresado en el propósito colectivo de cometer delitos. De la exigencia de estos elementos, se evidencia que no se castiga la participación específica en un delito, sino la participación en una asociación destinada a cometerlos con independencia de la ejecución o inexecución de los hechos planeados.

En la práctica o frenos de este mal social, es necesario enfatizar el papel importante en cuanto a responsabilidad se refiere, las instituciones estatales, tales como las fuerzas armadas, Policía Nacional, el sistema de inteligencia y Ministerio Público, entre otras para la delimitación de sus fines delictivos, habiéndose configurado como una estructura propuesta por el estado.

3.4 Las redes de corrupción

En general, en Guatemala las redes de corrupción se constituyen como lo describe Acción Ciudadana, vínculos sociales informales entre funcionarios y particulares para realizar con discrecionalidad negocios con o a través del Estado. Esto resulta oneroso para el erario público y nocivo para la competencia del mercado; aunque las formas de asociación entre los integrantes de la red surgen de acuerdos y tratos informales, que, ordinariamente necesitan ser formalizados a través de contratos e intermediación con instituciones jurídicas de distinta naturaleza, sean comerciales, de servicio o financieras.

El objetivo primordial de las redes de corrupción en estos sistemas es la acumulación de recursos, por ello reciben su trato con el sector público como una relación esencialmente económica pero no exclusivamente financiera. El sistema de financiamiento de la política (SFP) es el punto de entrada o inversión, mientras que el sistema de servicio civil (SSC) y el sistema de adquisiciones públicas (SAP) son los puntos de salida, cobro u obtención de ganancias. En complemento, podría mencionarse los sistemas paralelos de gasto y administración de los recursos públicos, como las organizaciones no gubernamentales y los fideicomisos, pero en realidad son accesorios en el análisis del funcionamiento de las redes, pues son deformaciones de los sistemas mencionados o mecanismos especiales y extraordinarios.

Las formas de corrupción de las que se valen estas redes son diversas y abarcan desde pagos ilegales, tráfico de influencias hasta pactos políticos, entre muchos otros.

En Guatemala, las leyes que rigen los tres sistemas, son insuficientes y permisivas, por ello muchas veces las redes de corrupción pueden funcionar y generar ganancias sin incurrir en ilegalidades. Sin embargo, como se dijo cuando lo hacen normalmente buscan la manera de formalizar y legalizar la relación corrupta mediante contratos u otro tipo de mecanismos similares.

En ese sentido, las redes de corrupción son estructuras sociales conformadas por un grupo de personas que interactúan entre si y establecen diferentes tipos de relaciones que al final provocan el abuso de un cargo público para beneficio privado. Estudiar la corrupción desde esta perspectiva permite conocer la estructura funcional del fenómeno, establecer los intereses, roles y límites de la actuación de los individuos y de la red corrupta en su conjunto.

Hasta acá se ha expuesto la definición de la corrupción más aceptada, se ha explicado que existe la pequeña corrupción y corrupción sistémica y se ha descrito lo que es una red de corrupción, su funcionamiento y estructura. Esto permite contar con un fundamento conceptual para el posterior análisis y comprensión de las nuevas y sofisticadas formas de corrupción, pero hasta ahora nada se ha dicho sobre la relación del fenómeno con otros problemas. En los siguientes párrafos se aborda la definición del crimen organizado y sus características, para al final tratar su relación con las redes de corrupción y con el Estado.

“El crimen organizado es definido como la actividad delictiva con fines de lucro coordinada y desarrollada por grupos socialmente organizados, la cual se caracteriza

por carecer de un interés político propio; por utilizar como mecanismos de acción la fuerza, la amenaza de la fuerza y otros tipos de coacción violenta; y por proveer bienes y servicios ilegales demandados socialmente.”³²

Así como existen redes de corrupción, existen redes de crimen organizado o redes criminales, que son estructuras conformadas por grupos que se han organizados de cara a la comisión de actividades delictivas, los cuales interactúan entre sí y establecen relaciones con el objeto de crear condiciones favorables para su acción y el lucro.

3.4.1 Las redes de corrupción criminales

“En general en nuestro país las redes de corrupción criminales se les califica por su asociación con el crimen organizado transnacional, y el hecho de que las actividades lucrativas que persiguen se realizan en los mercados ilícitos, mediante formas violentas y coacciones sin manipular necesariamente recursos directos del Estado. Los objetivos estratégicos de estas redes son la acumulación de capitales, para lo cual captan las autoridades y aparatos enteros del Estado con el fin de operar impunemente, fundamentalmente las instituciones que conforman el sistema de administración de justicia”.³³ Quiero hacer énfasis, que esta investigación representa el primer esfuerzo de Acción Ciudadana, y de hecho en Guatemala el poder sistematizar y analizar el problema de la corrupción desde el enfoque de las organizaciones que desde dentro y fuera del Estado realizan prácticas corruptas.

³² Definición de naciones unidas y la Ley contra la delincuencia organizada Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala.

³³ Acción ciudadana, **Redes de corrupción**, pág. 7.



Con vistas a contribuir a la lucha contra la impunidad en casos de corrupción en el país, este enfoque aporta una perspectiva complementaria e integral para que las autoridades puedan identificar y dismantelar estas redes, y a la vez prevenir su desarrollo y atacar lo que este reporte se identifica como la amenaza principal para Guatemala, en la próxima década, a saber la adopción de formas criminales con manifestaciones violentas, por parte de las redes de corrupción, hasta constituir su manifestación predominante, con todo lo que esto implica en términos de irrespeto de libertades civiles y criminalización de políticas estatales.

En contraste con el lento desarrollo institucional y legal existente, las redes de corrupción y las redes de corrupción criminales tienen un acceso ilimitado de recursos, gozan de mucha más flexibilidad y capacidad de reorganización. Recientemente, la intimidación y la violencia se han sumado al repertorio de recursos utilizados por dichas redes desafiando abiertamente al poder legítimo del Estado. Con este desbalance real de poder se puede anunciar el fracaso de cualquier estrategia de lucha contra la corrupción; este objetivo sin embargo, pasa por tener éxito en la lucha contra la impunidad, en términos de llevar acabo con éxito la construcción de capacidades nacionales y alianzas internacionales para identificar, castigar y dismantelar dichas redes.

En conclusión, para tener éxito en el combate a la corrupción es necesario un enfoque integral que tome en cuenta a los actores de estas redes que operan dentro y fuera del Estado, y durante décadas han demostrado capacidades suficientes para moldear la gestión pública a sus intereses.



El desmantelamiento de las redes de corrupción y las redes de corrupción criminales, requiere condiciones previas y la generación de una estrategia aun no ensayada, que supera cualquier plan gubernamental conocido hasta la fecha. Existen algunos elementos estratégicos sugeridos y que aun están en la lucha por desmantelar el fondo económico de los partidos políticos en épocas de campaña, pero aun creo que no se ha dado realmente una reforma política en donde se construya un capital político humano no contaminado con capacidad de relevo de la conducción de sus instituciones, sin ningún financiamiento o patrocinio de las fuentes de los organismos del Estado o Gobierno.



CAPÍTULO IV

4. Importancia jurídico-doctrinaria del delito de cohecho como medio legal para perseguir penalmente a la corrupción en Guatemala

Las crisis institucionales generan niveles importantes de incertidumbre en la comunidad, pero cuando esas crisis han permeado a todas las organizaciones, esta incertidumbre puede transformarse en una rápida fragmentación social, multiplicando el daño comunitario, reduciendo las relaciones de solidaridad y haciendo crecer los niveles de agresividad individual.

En toda América Latina el problema de la corrupción de los funcionarios públicos, de quienes deben de ejercer esa responsabilidad institucional, ha presentado y todavía presenta una magnitud alarmante. “Es verdad que el problema no es sólo regional, pero es indudable que en Latinoamérica nos enfrentamos con una disociación manifiesta entre la complejidad del diagnóstico y la ausencia de un plan legislativo, que hace que se manifiesten estas ineficiencias de modo claro ante un fenómeno que adicionalmente presenta diversas caras”.

En Guatemala, la ineficiencia de los organismos administrativos y judiciales a la hora de investigar, perseguir y sancionar delitos vinculados a la corrupción de funcionarios públicos de gran impacto económico ha quedado demostrada en más de una ocasión.

“A lo largo de las últimas dos décadas, los intentos de los sucesivos gobiernos nacionales por hacer más eficaz la acción del Estado en la lucha contra la corrupción parecieran, una y otra vez, estar destinados al fracaso. Hoy se revela un comportamiento creciente y difundido y una realidad muy preocupante”.³⁴

Creo particularmente, que el rol importante a cumplir en este panorama corresponde al órgano del Ministerio Público que desde cualquier ángulo que se observe o evalúe, es quien indudablemente se manifieste a dar un mejor esclarecimiento al sistema procesal penal, en primer lugar, la manifestación práctica de la defensa de los valores ético-sociales, que el Estado ha decidido proteger; en segundo lugar la inserción correcta de este Organismo, posibilita la vigencia real de un conjunto de garantías orgánicas en el proceso penal y una interpretación objetiva de las clásicas garantías procesales; el Ministerio Público, como motor debe ser, el puesto de observación de los sistemas de flujo de información y organización administrativa.

No se quiere exagerar si se dice que ningún programa de reforma o modernización del sistema de justicia penal puede obviar, justificadamente, el tratamiento del lugar que debe ocupar este órgano. Poco importa si esta reflexión se inicia en el diseño del proceso o en el diseño constitucional.

Los proyectos que las distintas agencias internacionales impulsan o impulsaron en la región, son ejemplos de esta afirmación. Ahora bien, existe una razón adicional para que la preocupación sobre el Ministerio Público continúe siendo objeto de análisis por

³⁴ Perfecto Andrés Ibáñez, **Estado de derecho, jurisdicción y corrupción** pág. 27.

parte de los procesos de reforma; de esta institución depende en forma casi exclusiva la eficiencia judicial en los delitos complejos de corrupción.

El Ministerio Público, es el único Organismo con el modelo orgánico que permite, relaciones fluidas con el tejido comunitario, agilidad en la búsqueda de información, actuación de oficio, organización ad-hoc y flexibilidad de los recursos humanos.

Si se tuviera que exponer, en rápida síntesis, las dimensiones que requieren tratamiento en el desarrollo de un verdadero programa anticorrupción, se deberá hacer referencias a los siguientes tópicos:

- “El desarrollo de un sistema transparente y eficaz de selección, al momento de la designación de los funcionarios públicos.
- La puesta en funcionamiento de un modelo también eficaz de acceso a la información administrativa por parte de la comunidad a través de las instancias de la sociedad civil organizada.
- Sistemas adecuados de control y seguimiento de las declaraciones juradas patrimoniales de los funcionarios públicos.
- El establecimiento de códigos de ética de los funcionarios públicos, o, para decirlo con la nomenclatura de la Convención Interamericana Contra la Corrupción –CICC- normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas.

- La correcta legislación sustantiva, desde el punto de vista político criminal y dogmático, de las conductas deshonestas de relevancia jurídico penal que afecten la legislación pública.
- El desarrollo de instancias de control mixtas (públicas y privadas o estatales y comunitarias)³⁵.

4.1 El problema de la corrupción de funcionarios públicos es de índole cultural

Hay una verdad repetida, pero de poca aceptación operativa: La corrupción es un problema cultural. Ello significa que el problema de la corrupción, como muchos otros propios de la difícil realidad latinoamericana. Un funcionario corrupto es el producto de una sociedad acostumbrada a vivir bajo reglas míticas lejanas y códigos operativos inmorales demasiado cercanos. Es por ello, que no es posible esperar soluciones mágicas sino años de reinstalación progresiva de la comunidad en el reino de la legalidad, algo que depende de innumerables factores.

A continuación, se presenta una serie de principios mínimos que toda legislación cuyo fin sea combatir la corrupción, debe contener:

4.1.1 Visión integral

Aceptar que la corrupción es un fenómeno resultante de la interacción de causas de orden legal, político, económico, ético, estructural y demás; permite combatir

³⁵ Acción Ciudadana, *Propuesta de reformas legales contra la corrupción*, pág. 21.

íntegramente el fenómeno, pues entonces no se atacará desde un solo ángulo, sino desde soluciones que consideren todos sus elementos causales en interacción. En ese sentido, se debe procurar una vinculación entre propuestas legislativas de orden penal, procesal y administrativo; y a la vez, su vinculación sistemática con propuestas y soluciones de orden económico, social, político, ético y estructural.

4.1.2 Democracia

Entendida como un sistema donde los ciudadanos se gobiernan a sí mismos, la democracia, es el principal antídoto contra la corrupción pues consecuentemente es un sistema donde el interés colectivo es una prioridad frente al interés individual. Además, específicamente, en sociedades donde la democracia es bien ejercida no hay monopolio del poder, ya que se reparte entre las ramas de gobierno que se controlan unas a otras; y hay transparencia, pues se garantiza la publicidad de los actos de gobierno.

4.1.3 Independencia

La independencia, entendida esencialmente como un sistema que garantiza que quien juzga y / o fiscaliza sea independiente del juzgado y / o fiscalizado, es un principio inalienable a cualquier sistema que pretenda combatir la corrupción; pues genera una dinámica de pesos y contrapesos, que propicia un ambiente de certeza y objetividad.

4.1.4 Fortalecimiento institucional

En el combate contra la corrupción, es imprescindible, comprender que el problema esencial no son las personas y su conducta resultante, sino las estructuras sociales donde éstas están insertas. En definitiva, la escala axiológica del individuo es producto de la sociedad materializada a través de sus instituciones, es decir, atacar únicamente la conducta de los individuos es atacar la consecuencia del problema. Por consiguiente, se debe procurar el fortalecimiento de las estructuras institucionales, con el ánimo de eliminar los espacios donde la corrupción pueda reproducirse.

4.1.5 Fortalecimiento de la función pública

Concebir al funcionario público como un empleado estatal, y en definitiva como un empleado del poder soberano, es vital en la nueva conceptualización de la función pública; esta nueva concepción fortalece la función pública, consolida el proceso democrático y ataca frontalmente la corrupción, estigmatizándola como lo que es, un acto que atenta contra el interés colectivo. Cabe dentro de esta perspectiva comprender, por ejemplo, que el antejuicio no es una garantía funcional individual, sino un instrumento que protege la función pública en sí, con el ánimo de garantizar estabilidad y seriedad institucional.

4.1.6 Prevención

En realidades donde la irregularidad es la norma, el castigo es infructuoso para la solución real del problema. En sintonía con el derecho moderno, el castigo o sanción debe ser empleado como la última medida, previo a ello, es esencial la prevención. Cuando se habla de prevención, básicamente se refiere a atacar las causas reales del problema, lo cual incluye elementos como el fortalecimiento institucional, así como otros de orden causal. Lo anterior, implica priorizar la creación y consolidación de mecanismos y sistemas de prevención de corrupción, para que la sanción sea en realidad una última medida.

4.1.7 Acceso a la información pública

Solicitar y obtener información que se encuentre en poder de entidades estatales, además de ser un derecho constitucional (Artículo 30 de la Constitución Política de la República de Guatemala), es un elemento clave a favor de una gestión pública transparente y de la lucha contra la corrupción. Transparentar la función pública mediante el acceso a la información, permite a los ciudadanos estar informados sobre el actuar de sus gobernantes y consecuentemente, poder participar en actividades de control ciudadano, auditoría y fiscalización social, e incluso, en propuestas de políticas públicas.



4.1.8 Participación ciudadana

Todo intento, por establecer una estrategia contra la corrupción que no incluya la participación ciudadana efectiva como un elemento clave, no sólo está ignorando a una parte del problema, sino al mismo tiempo, a una de las herramientas disponibles más útiles y poderosas para resolverlo. ¿No es, acaso, el ciudadano el principal afectado cuando mediante un acto de corrupción se fuga dinero de las arcas públicas? En efecto, cuando un acto de corrupción tiene lugar en la esfera pública, el dinero que se pierde es en definitiva dinero que le pertenece a los ciudadanos, son ellos los principales afectados.

4.1.9 Solidaridad internacional

Hoy en día es imprescindible incorporar al combate contra la corrupción, medidas efectivas que trascienden las fronteras nacionales. Los actuales procesos de mundialización, si bien una base fundamentalmente económica, repercute en otros ámbitos, generalizando también fenómenos como la corrupción. En ese sentido, la necesidad de generar mecanismos que promuevan y faciliten la cooperación y solidaridad internacional para erradicar la corrupción es imprescindible.

4.1.10 Discrecionalidad y erradicación de los conflictos de intereses

La discrecionalidad, entendida como la facultad que la ley otorga a los funcionarios para decidir racionalmente sobre ciertos asuntos en función del interés común, no es el

problema en sí mismo, sino los altos niveles de ésta. Cuando la discrecionalidad deja de ser una facultad racional y debidamente regulada, pasando a ser un amplio campo de decisiones personales, tienen lugar conflictos de intereses, ya que el funcionario público fácilmente puede optar a favor de su interés individual y no del colectivo que le compete, generando consecuentemente la proliferación de la corrupción. En pocas palabras, la erradicación de la corrupción debe evitar el exceso de discrecionalidad y reducir la posibilidad de conflictos de intereses.

4.2 .Propuestas de reformas legales contra la corrupción

El proyecto que se somete a consideración del Pleno del Congreso de la República, busca en forma clara, sentar las bases para el logro de un plan de política criminal, destinado a ser exitoso en el combate a la corrupción de funcionarios y empleados públicos en el manejo de los bienes del Estado. Ello explica que, en el marco de ese plan de política criminal, se sugieran modificaciones normativas que se ocupan de varias de las dimensiones del problema (administrativa, jurídico penal, procesal, de organización, etcétera). El espíritu esencial, también se halla en la necesidad de adecuar la legislación penal guatemalteca a los parámetros mínimos que señala la vigente Convención Interamericana contra la Corrupción.

Para los efectos citados, la presente propuesta conlleva la reforma de la Ley en Materia de Antejudio, para facilitar y coadyuvar en la investigación que deberá desarrollar el Ministerio Público, a través de la Fiscalía contra la Corrupción, ante las denuncias que se viertan sobre el involucramiento de funcionarios o empleados públicos en actos de



corrupción; hay que recordar que, si bien una alta percepción ciudadana sobre la común realización de estos actos, su comprobación resulta compleja, y más aún, cuando existen situaciones formales y prácticas que alejan la posibilidad de esclarecer estas situaciones. Estas disposiciones se vuelven obligadas, para disminuir al máximo la posibilidad del uso de esta prerrogativa para encubrir actos ilícitos, eventualmente sancionables, según lo que dispone el Código Penal.

Por último el proyecto se ocupa del bloqueo investigativo que implica la Ley en Materia de Antejucios. Se ha pretendido corregir los excesos en el aseguramiento de la impunidad que provienen de la Ley mencionada. El antejucio no es una garantía funcional individual, sino, en todo caso, un instrumento para asegurar cierta seriedad institucional.

Más allá de que esa ley debería ser revisada en su totalidad, aquí se proponen sólo algunas correcciones legislativas que, sin embargo, pueden darle a ese instrumento normativo un conjunto de parámetros un poco más sostenibles: la estipulación de un plazo máximo para resolver y el entendimiento de que el antejucio sólo asegura que no se detenga, durante su tramitación, al funcionario, ni se lo juzgue, pero este juzgamiento en el sentido estricto de la etapa de juicio oral y público. De ningún modo, se puede entender que el juez que investiga o el propio fiscal ya no deben continuar con las medidas que puedan procurar el esclarecimiento del hecho sin que se afecten garantías individuales. Entre otras cosas porque el funcionario público también mantiene durante el antejucio, el derecho al sobreseimiento si es que de esa investigación surge la ausencia de responsabilidad penal en el sujeto activo

sospechado o denunciado. También, se sugiere al momento de plantear la definición de antejuicio eliminar la característica de irrenunciable, que actualmente tiene este beneficio en la ley ordinaria. Si bien la Constitución Política otorga inmunidad a los principales funcionarios públicos, no es limitativo para que ellos puedan renunciar a ese derecho, cuando así lo consideren pertinente, pues con esa actitud pueden contribuir a despejar cualquier duda sobre su actuación y evitar la realización de trámites engorrosos que en lugar de favorecer a las instituciones, les ocasiona una mayor pérdida de credibilidad.

4.3 Reformas a la Ley en Materia de Antejuicio, Decreto 85-2002 del Congreso de la República de Guatemala

La primera propuesta, por acción ciudadana, se estima de la siguiente manera:

“Artículo 3. Definición. Derecho de antejuicio es la garantía que la Constitución Política de la República, otorga a los dignatarios y funcionarios públicos de no ser detenidos ni sometidos a juicio oral y público ante los órganos jurisdiccionales correspondientes, sin que previamente exista declaratoria de autoridad competente que ha lugar a formación de causa de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente ley. El antejuicio es un derecho inherente al cargo, inalienable e imprescriptible.

El derecho de antejuicio termina cuando el dignatario o funcionario público cesa en el ejercicio del cargo, y no podrá invocarlo en su favor aun cuando se promueva por acciones sucedidas durante el desempeño de sus funciones.

El dictamen que indica que es viable el sometimiento a juicio del funcionario público, alcanza al juzgamiento de todos los actos ejecutados durante la función desempeñada, anteriores a la decisión del órgano competente y no obstaculiza cualquier cambio en la tipificación de los hechos analizados que decidan los órganos jurisdiccionales y del Ministerio Público en el marco del caso penal.”

Una segunda propuesta, se formula así:

“Artículo 16. Cuando un juez competente tenga conocimiento de una denuncia o querrela presentada en contra de un dignatario o funcionario que goce del derecho de antejuicio, según lo estipulado por la ley, y sin perjuicio de continuar con la investigación del caso en todo lo que se refiere a la etapa procesal de preparación de la acción pública, y la realización de las medidas urgentes para el aseguramiento del éxito del proceso, en un plazo no mayor de tres días hábiles, elevará copias del expediente a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia para que ésta, dentro de los tres días hábiles siguientes de su recepción, lo traslade al órgano que deba conocer del mismo, salvo que ella le corresponda conocer. El juez no podrá emitir en la remesa juicios de valor, ni tipificar el delito sin perjuicio de lo cual podrá acercar al órgano con competencia en materia de antejuicio en el caso concreto los resultados posteriores de la investigación lleva acabo, hasta tanto se obtenga una resolución sobre la viabilidad o no del juzgamiento.”

Finalmente, un tercer planteamiento es el siguiente:

“Artículo 20 bis. Plazo. El Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia y, en su caso, las Salas de la Corte de Apelaciones, que intervengan en materia de antejuicios según su competencia, culminaran todo el proceso de antejuicio y resolverán, en el sentido que corresponda, siempre y en todo caso, antes de los 90 días corridos.”

4.4 Reformas al Código Penal Decreto 17-73 Congreso de la República de Guatemala

También resulta necesario, plantear las siguientes reformas: Modificarse el Artículo 1, inciso 2 de las Disposiciones Generales del Código Penal del cual queda así:

“2. Por Funcionario Público. A todo 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 o al servicio del Estado, sus organismos, los municipios, sus empresas y entidades descentralizadas y autónomas, en todos sus niveles jerárquicos y en forma temporal o permanente, y bajo cualquier forma de contratación.”

Se adiciona el Artículo 448 bis, el cual queda así:

“Artículo 448 Bis. Enriquecimiento Ilícito. Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de un funcionario o empleado público producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de su cargo, que no sea el resultado

de sus ingresos legalmente percibidos, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta de dos años después de haber cesado en su desempeño; comprende también, el incremento de persona interpuesta para ocultarlo o disimularlo.

A los efectos de la interpretación de la presente norma, se deberá entender que hubo enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se hubiera incrementado, sino también cuando se hubieren cancelado deudas o extinguidas obligaciones que afectaban al funcionario o empleado público o persona a favor de quien se ha producido ese enriquecimiento.

El autor de este delito, además de estar obligado a devolver el patrimonio consignado como ilícito, será sancionado con prisión de cinco a 10 años e inhabilitación especial de uno a tres años. La persona interpuesta para ocultar o disimular el enriquecimiento será sancionada como cómplice, con prisión de tres a seis años.”

Se adiciona el Artículo 420 bis, el cual queda así:

“Artículo 420 Bis. Omisión de Presentación de Declaración jurada patrimonial. El funcionario o empleado público que, en razón de su cargo estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere hacerlo, sin perjuicio de las sanciones administrativas que se deriven, será sancionado con pena de prisión de seis meses a un año. El delito se consumará al vencer el plazo establecido en la ley de la materia, para presentar la declaración jurada patrimonial respectiva.”

4.5 Situación actual desde el punto de vista estadístico de la ciudad capital de Guatemala

El trabajo se realiza sobre la aplicación del delito de cohecho como medio legal para perseguir la corrupción en la Administración Pública, su análisis se realizó desde el año 2005 hasta el año 2010.

Dicho estudio se hizo sobre una Ley de vigencia nacional, la interpretación que se realizó sobre la misma abarcó todo el territorio de Guatemala a nivel general; pero de manera particular, para realización del trabajo de campo se tomó en cuenta el Organismo Judicial porque es el lugar donde se obtuvo mayor información vinculada con este tema.

4.6. Presentación y análisis de los resultados del trabajo de campo

De acuerdo al siguiente cuadro que a continuación presento, se puede apreciar un mayor rango correspondiente al delito de cohecho activo; de acuerdo a los distintos juzgados, principalmente el juzgado de primera instancia penal en el año 2005. Cabe mencionar, que el Organismo Judicial no contaba con este formato estadístico anteriormente, sino hasta en el 2005 incluyendo las denuncias ingresadas desde el año 2001. Es preciso indicar que en la ciudad capital ha existido más tendencia en la comisión de hechos delictuosos por parte de los particulares que de los empleados públicos. Este es otro punto de análisis, ya que si bien el contenido del presente trabajo muestra un panorama distinto haciendo énfasis y enfocándose hacia el cohecho

pasivo, cuando el cuadro estadístico se inclina hacia un cohecho cometido por los particulares.

En la realidad es otra la situación que se presenta en el país, hay que recordar que, ante todo, es el particular, quien necesita o depende directamente de los funcionarios públicos y de las diferentes instituciones ya sea administrativas o judiciales. Un caso ilustra las angustias en el que se encuentra un padre de familia a quien se le notifica un viernes por la noche que su hijo fue detenido por la Policía Nacional Civil y se encuentra en un juzgado de turno; la única forma de liberar podría ser pagando una fuerte cantidad de dinero tanto para el abogado como para el juez de turno para que agilice el trámite, como ocurre en la práctica. En este caso jamás el padre de familia denunciaría este tipo de corrupción por la pena de no dejar a su hijo en prisión durante un fin de semana. Realmente este tipo de delitos no se denuncian, sino, hasta que hayan causado un impacto social salen a lucir en los medios de comunicación.

Esto no significa la inexistencia de personas que están al servicio del Estado, quienes podrían denunciar hechos de corrupción por la lealtad a la institución que representan o por el cuidado del cargo que desempeñen. Tampoco se está justificando las cifras del presente cuadro, por el contrario ser claros, en cuanto a la fluencia de denuncias por este tipo de delitos presentadas en los diferentes Juzgados del ramo penal.



En este caso, la Corte Suprema de Justicia en la clasificación de los distintos juzgados ha hecho una distribución de acuerdo a la competencia que cada juzgado le corresponde; como se aprecia en el presente cuadro. En primer lugar se encuentra el Juzgado de Paz Penal, que en su rango de clasificación es un juzgado menor encargado del juicio de faltas como lo establece el Artículo 44 del Código Procesal Penal; seguidamente esta el juzgado de la Niñez y Adolescencia y Adolescencia en conflictos con la Ley, quien específicamente es la encargada de los procesos de delitos cometidos contra la niñez y la adolescencia hasta los 18 años de edad.

Los Juzgados de Primera Instancia Penal Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, conocerán específicamente de delitos relacionados con el tráfico, tenencia, producción y procesamiento de drogas, fármacos o estupefacientes como lo estipula en Artículo 45 del mismo cuerpo legal, en tanto los juzgados de paz penal según los Acuerdos 04-2007 y 27-2007, se refiere a los juzgados de paz móvil quienes ejercen funciones de investigación en donde no existe el Ministerio Público. De acuerdo a esta situación, es necesario implementar un filtro de control que detecten estas prácticas corruptas que afectan el correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos.

Quiero hacer énfasis en algunos puntos descritos, y que resaltan en este análisis, la corrupción vista en varios ángulos, de como los movimientos, estrategias y maquinaciones que se van formando desde magnitudes institucionales políticas hasta simples empleados públicos, no dejan de causar impacto y asombro aunque este tema



sea escuchado y visto constantemente en los medios de comunicación y hasta es normal, que ya se tiene acostumbrado a la población escuchar lo mismo, que al parecer se esta perdiendo un valor muy importante que es la conciencia social.

Este es un mal que va acrecentando como un torbellino, y que poco a poco va segando ciertos principios morales y espirituales que cualquier persona puede estar anente y ser contaminado a caer o contribuir a que se cometa este tipo de actos delictuosos. Porque hago énfasis sobre este criterio; las mismas autoridades quienes dicen gobernar el país, a todas luces se nota el descarado interés que tienen por atribuirse, no miles sino exorbitantes sumas de dinero que proviene de los pobres consumidores, ni siquiera de las grandes empresas multimillonarias al contrario, estos son los que controlan y deciden como deben gobernar las autoridades.

Cuál es la base para exponer este punto, los gobiernos, diputados, ministros y funcionarios públicos, que han pasado por el país de Guatemala en su administración de gobierno han dejado marcado en la historia antecedentes de mala administración pública, que ha venido desde la época del general Romeo Lucas hasta nuestros días.

Ahora bien, si estas autoridades, que no solo exponen un mal ejemplo, en actos de corrupción sino que no brindan una seguridad adecuada a los ciudadanos que de buena fe denuncian actos delictivos de corrupción, la misma sociedad hasta cierto



punto va perdiendo la confianza en las autoridades o posiblemente ya se perdió. El ejemplo claro que se tiene de esta desconfianza, es la institución del Ministerio Público, las denuncias que se presentan no solo se acumulan sino que además no prospera, y esto se debe que, el poco recurso humano que tiene esta institución no es suficiente para cubrir las necesidades de toda la población del país; sumado a esto, las demás instituciones del Estado que en la mayoría de veces prestan un mal servicio a la población, esto es motivo suficiente para que en la sociedad vaya creando un mal innecesario, que para agilizar cualquier trámite es mejor pagar por un servicio público a alguien, ya sea intermediario, funcionario o empleado público.

La falta de principios y de responsabilidad de cada uno de los ciudadanos, es la causa principal de este flagelo que se da, el típico ejemplo que se presenta constantemente, es la persona quien no porta licencia de conducir vehículo vigente, y le es más factible negociar con el agente municipal de tránsito que asumir su responsabilidad o culpabilidad, y no se puede dejar de mencionar de quienes están más prestos y dispuestos a hacer este tipo de negociaciones por cualquier causa, accidente o delito son los agentes de la Policía Nacional Civil, que constantemente son noticia en los diferentes medios de comunicación.



A continuación se presenta el cuadro estadístico del trabajo de campo:

**Casos Ingresados por los Delitos de Cohecho, en los Órganos Jurisdiccionales
del Ramo Penal del Municipio de Guatemala, año 2005 al 2010, Septiembre
2011 Ley: Libro Segundo Parte Especial Código Penal Decreto 17-73 del Congreso
de la República de Guatemala**

ORGANO JURISDICCIONAL	2005		2006		2007		2008		2009		2010		Total General
	CP*	CA**	CP*	CA**	CP*	CA**	CP*	CA**	CP*	CA**	CP*	CA**	
Juzgado de paz penal	2	85	0	7	0	0	0	0	0	0	0	0	94
Juzgado de Niñez y Adolescencia y Adolescencia en Complicación de la Ley	0	1	0	0	0	0	0	5	0	3	0	1	10
Tribunal de Sentencia Penal	2	1	2	5	0	4	0	2	5	4	0	7	32
Juzgado de Primera Instancia Penal Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente	2	263	4	52	3	23	10	35	2	44	2	36	476
Juzgado de Paz Penal, ACDO. SCJ 04'2007	0	0	0	0	0	10	0	0	0	0	0	0	10
Juzgado de Paz Penal de Faltas ACDO 27- 2007 CSJ	0	0	0	0	0	6	0	6	1	0	0	0	13
TOTALES	6	350	6	64	3	43	10	48	8	51	2	44	635

Fuente: Formato Estadístico Penal 2. Procesamiento de la información 14 de septiembre de 2011.

CP* Cohecho Pasivo

CA** Cohecho Activo.

CONCLUSIONES

1. El delito de cohecho pasivo del funcionario público, afecta directamente el bien jurídico tutelado, que es el correcto servicio que la administración presta a los ciudadanos, no obstante el cohecho activo que se le atribuye al particular, solo puede ser objeto de lesión o peligro para la administración pública siempre que el beneficio económico no sea aceptado por el funcionario público.
2. El delito de cohecho es impulsado a cometerlo por un afán de obtener un beneficio económico, por parte del funcionario público, ya sea para sí mismo o para un tercero, enfatizando claramente que este problema es de índole cultural y de una sociedad acostumbrada a vivir bajo reglas inmorales, teniendo en poco la responsabilidad y/o cargo atribuida hacia la institución que se represente.
3. Realmente las conductas desagradables que se presentan del funcionario o empleado público, y del particular van creando ciertos grupos y formando círculos viciosos de criminalidad que va desde una tentativa hasta la consumación de un acto delictivo, involucrando incluso hasta los cónyuges formando en sí una estructura de redes de corrupción y redes de corrupción criminales unidos por vínculos sociales.



4. La sorprendente operación y estructura policial y militar que ha servido de base, para la articulación de las redes criminales, y el hecho de como realizan actividades con fines lucrativos, primero: utilizando ciertos mercados ilícitos o informales mediante coacciones y hasta actos violentos, y segundo la captura de fondos del Estado mediante programas fantasmas sin incurrir en ilegalidades.

5. En Guatemala existe una crisis por parte de las instituciones encargadas de perseguir penalmente la corrupción, ya que se ha demostrado que existe poca eficiencia en los resultados, esto se debe a dos causas claramente vistas, que es la intimidación y la violencia, recursos utilizados por dichas redes desafiando abiertamente el poder legítimo del Estado.



RECOMENDACIONES

1. El Estado a través del Órgano del Ministerio Público, implemente un filtro de control en el que todo funcionario público presente declaración jurada patrimonial, reformando el Código Penal, para evitar algún enriquecimiento ilícito, y de esta forma combatir este fenómeno social; para que exista una adecuada legislación contra la corrupción.
2. Que el Congreso de la República pueda emitir un reglamento, en donde obligue a todas las instituciones públicas, a facilitar el acceso a la información pública; porque en las instituciones públicas es donde más se comete el delito de cohecho, para que de esa forma se pueda transparentar el correcto servicio a los ciudadanos.
3. Que el Ministerio de Gobernación pueda formar grupos élites, seleccionando agentes con capacidad de detectives para realizar una investigación minuciosa, detectando las relaciones entre funcionarios públicos y particulares, para que los grupos de redes de corrupción sean desmantelados y desaparecidos, porque en Guatemala existen redes de corrupción vinculados en las instituciones de Gobierno.

4. Que el gobierno de Guatemala juntamente con la participación ciudadana propongan consolidar institucionalmente los órganos de control superior del Estado, entendiéndose por estos el Ministerio Público, la Contraloría General de Cuentas, el Congreso de la República, la Procuraduría de Derechos humanos y la Corte Suprema de Justicia, con el fin de disminuir la formación de redes de corrupción criminales y lograr la paz, la seguridad y el desarrollo de toda una nación.

5. Que el órgano del Ministerio Público con la ayuda de otras instituciones internacionales, implementen con la persecución penal, procedimientos más rigurosos y efectivos, por la existencia de amenazas e intimidaciones de grupos criminales, para que de esa forma se pueda eliminar de raíz la corrupción en Guatemala.



ANEXOS



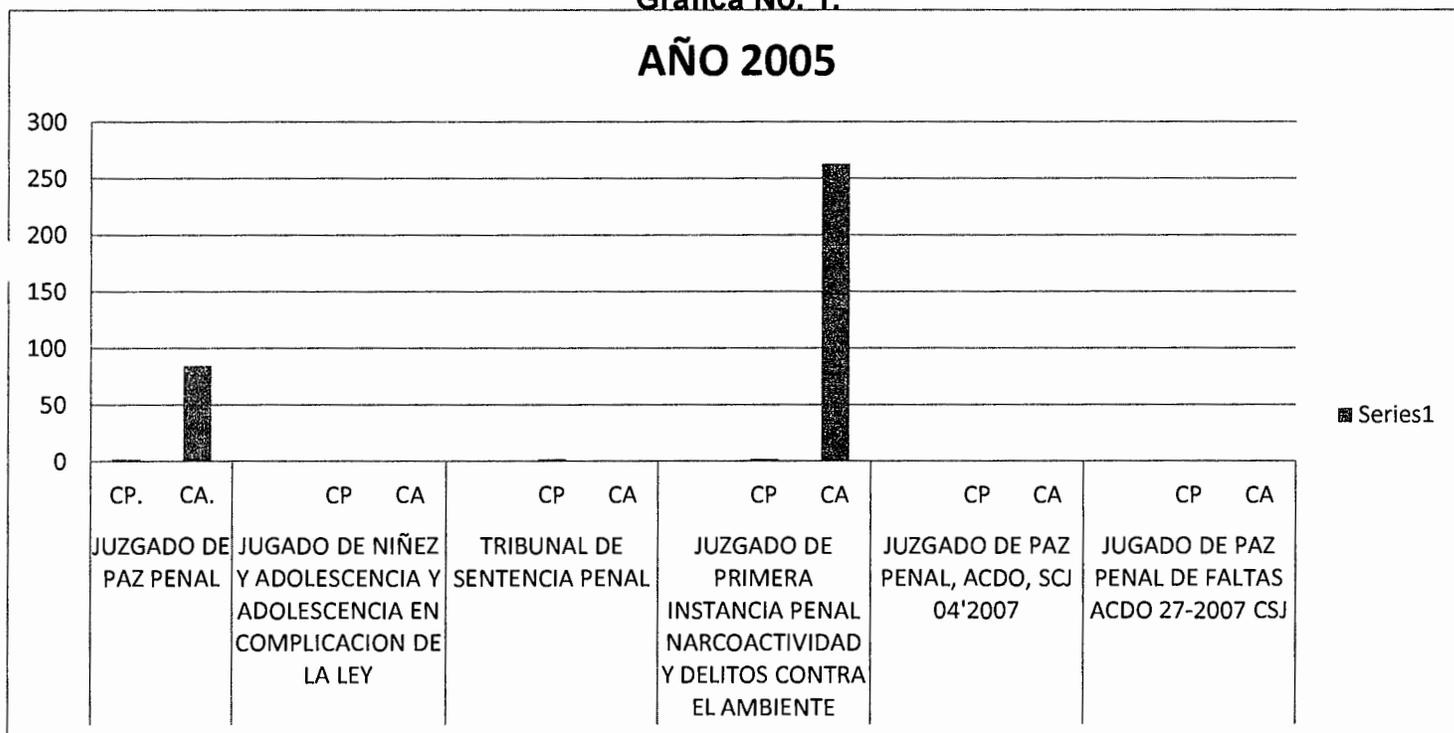
ANEXO I

Casos Ingresados por los Delitos de Cohecho en el Juzgado de Paz penal del municipio de Guatemala. Año 2005, septiembre 2011.

Ley: Libro Segundo Parte Especial Código Penal Decreto 17-73.

Gráfica No. 1.

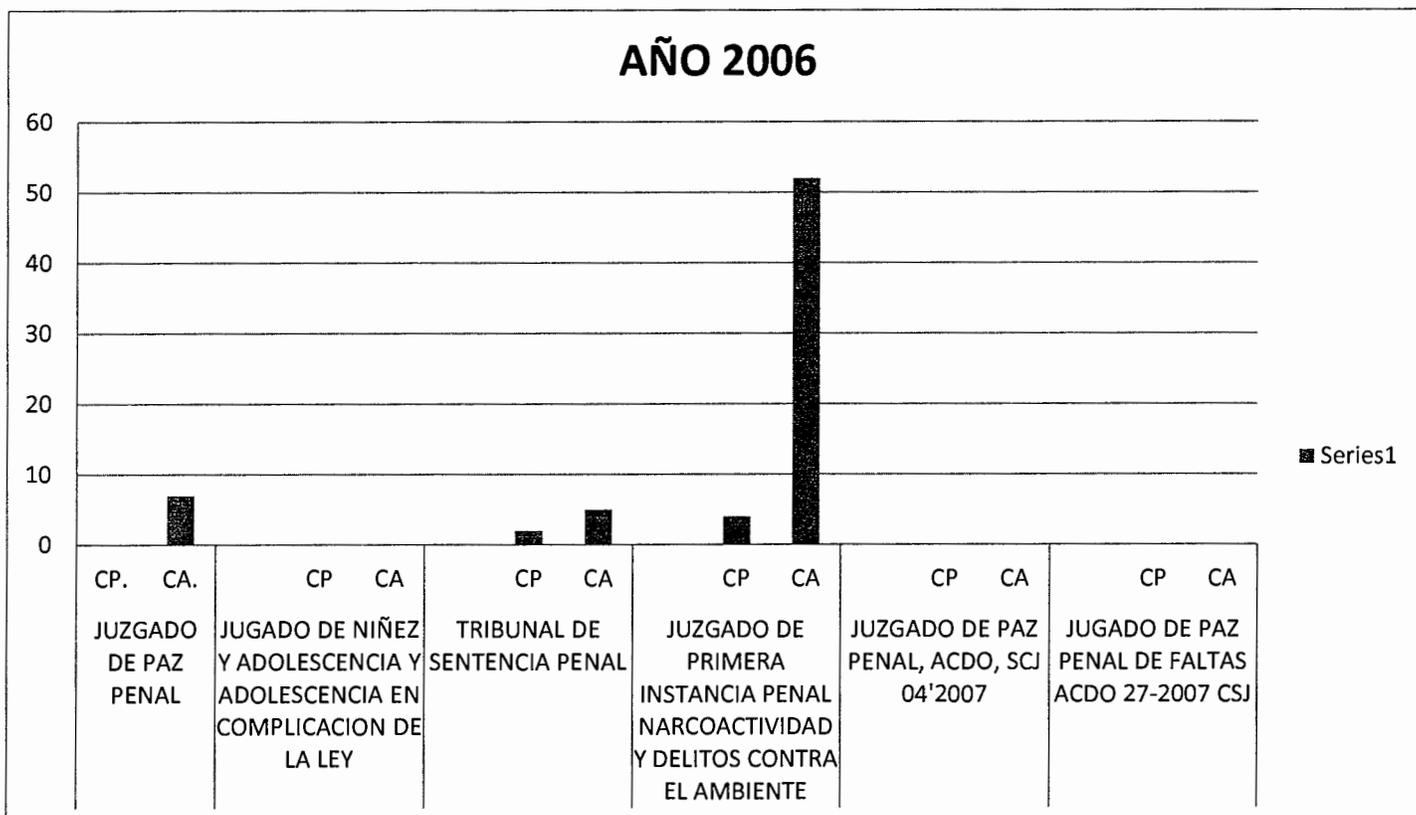
AÑO 2005



Gráfica No. 2

Casos Ingresados por los Delitos de Cohecho en el Juzgado de la Niñez y adolescencia y adolescencia en complicación de la ley del municipio de Guatemala. Año 2006, septiembre 2011.

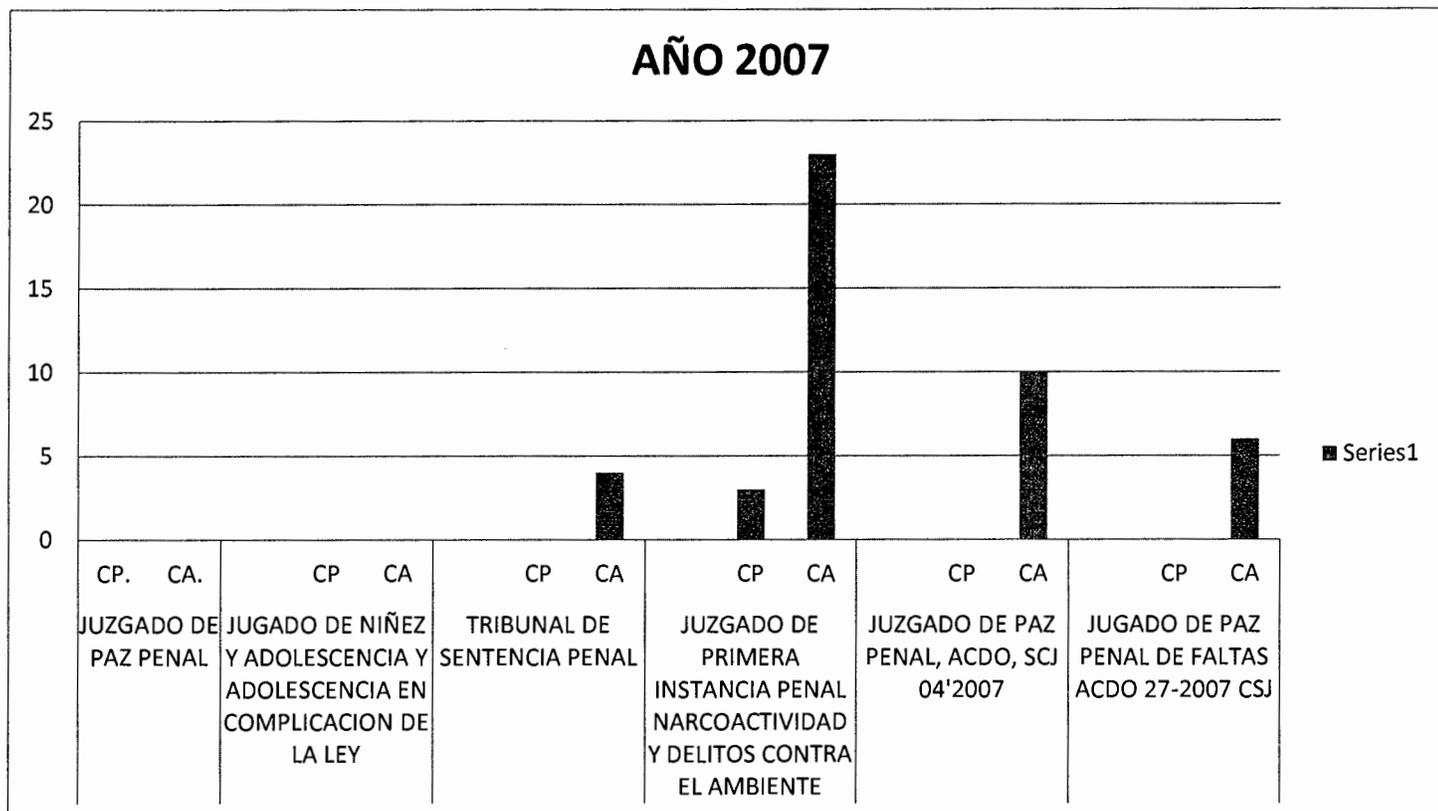
Ley: Libro Segundo Parte Especial Código Penal Decreto 17-73



Gráfica No. 3

Casos Ingresados por los Delitos de Cohecho en el Tribunal de Sentencia Penal en el municipio de Guatemala. Año 2007, septiembre 2011

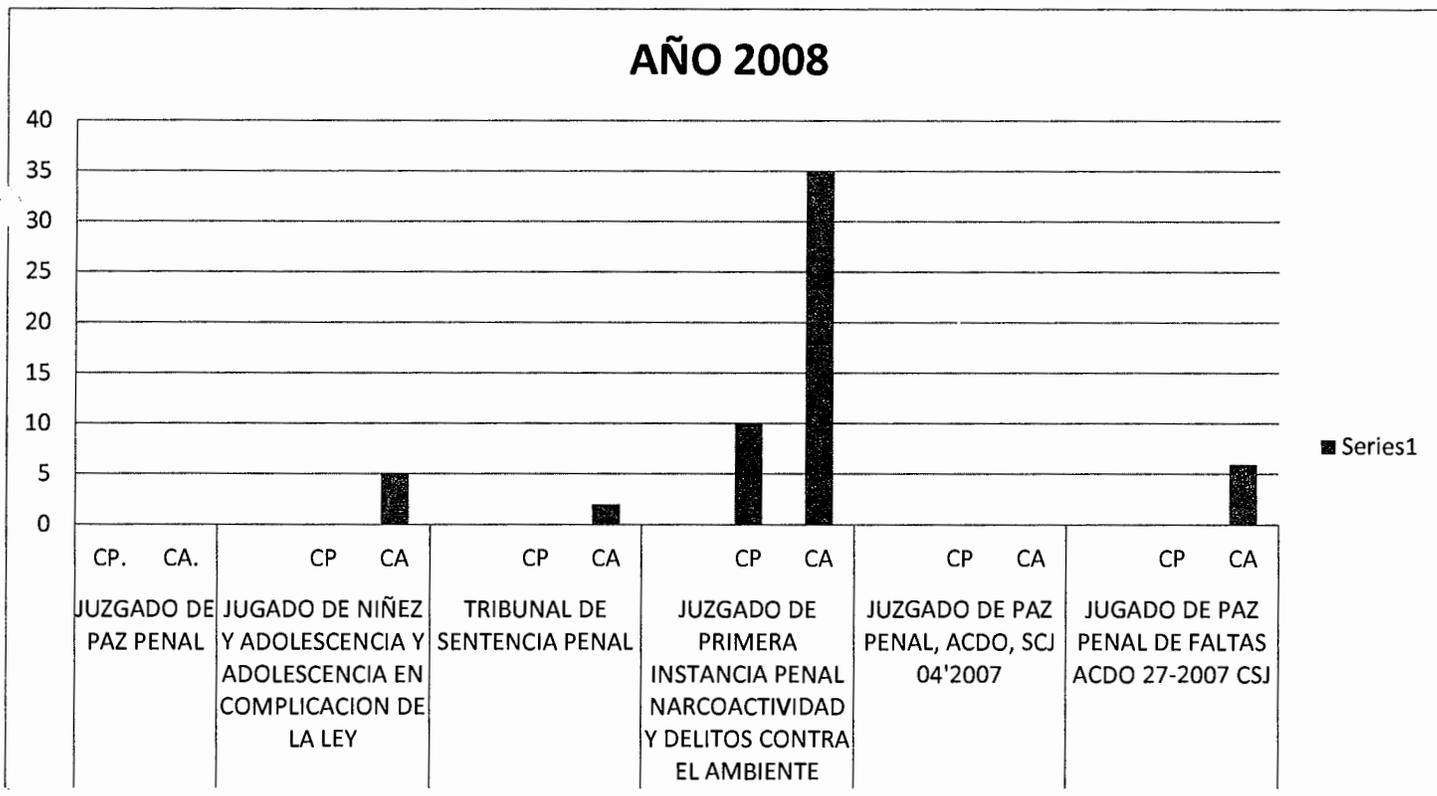
Ley: Libro Segundo Parte Especial Código Penal Decreto 17-73



Gráfica No. 4

Casos Ingresados por los Delitos de Cohecho en el Juzgado de Primera Instancia Penal
 Narcoactividad y Delito Contra el Ambiente del municipio de Guatemala. Año 2008,
 septiembre 2011.

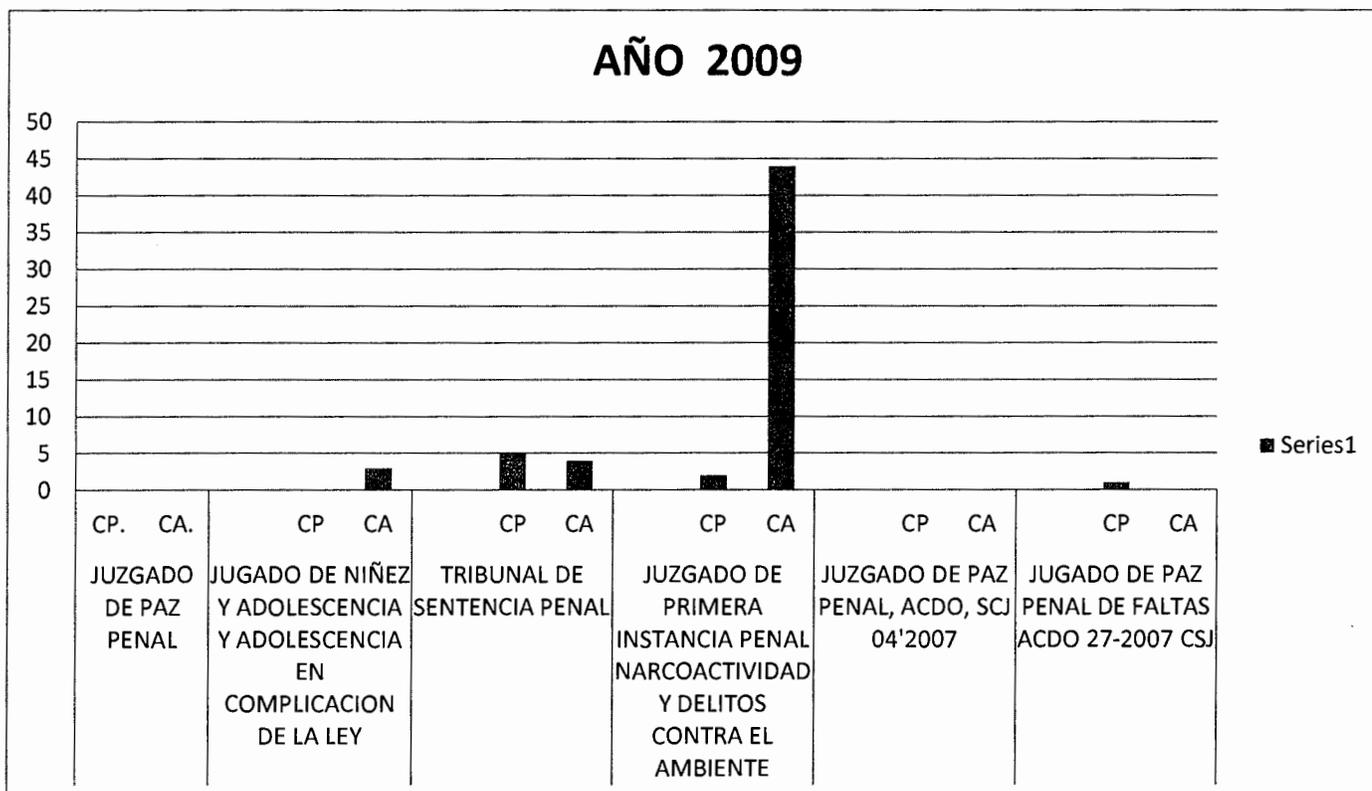
Ley: Libro Segundo Parte Especial Código Penal Decreto 17-73



Gráfica No. 5

Casos ingresados por delitos de cohecho en el Juzgado de Paz Penal ACDO, CSJ, 04-2007 en el municipio de Guatemala, Año 2009, septiembre 2011.

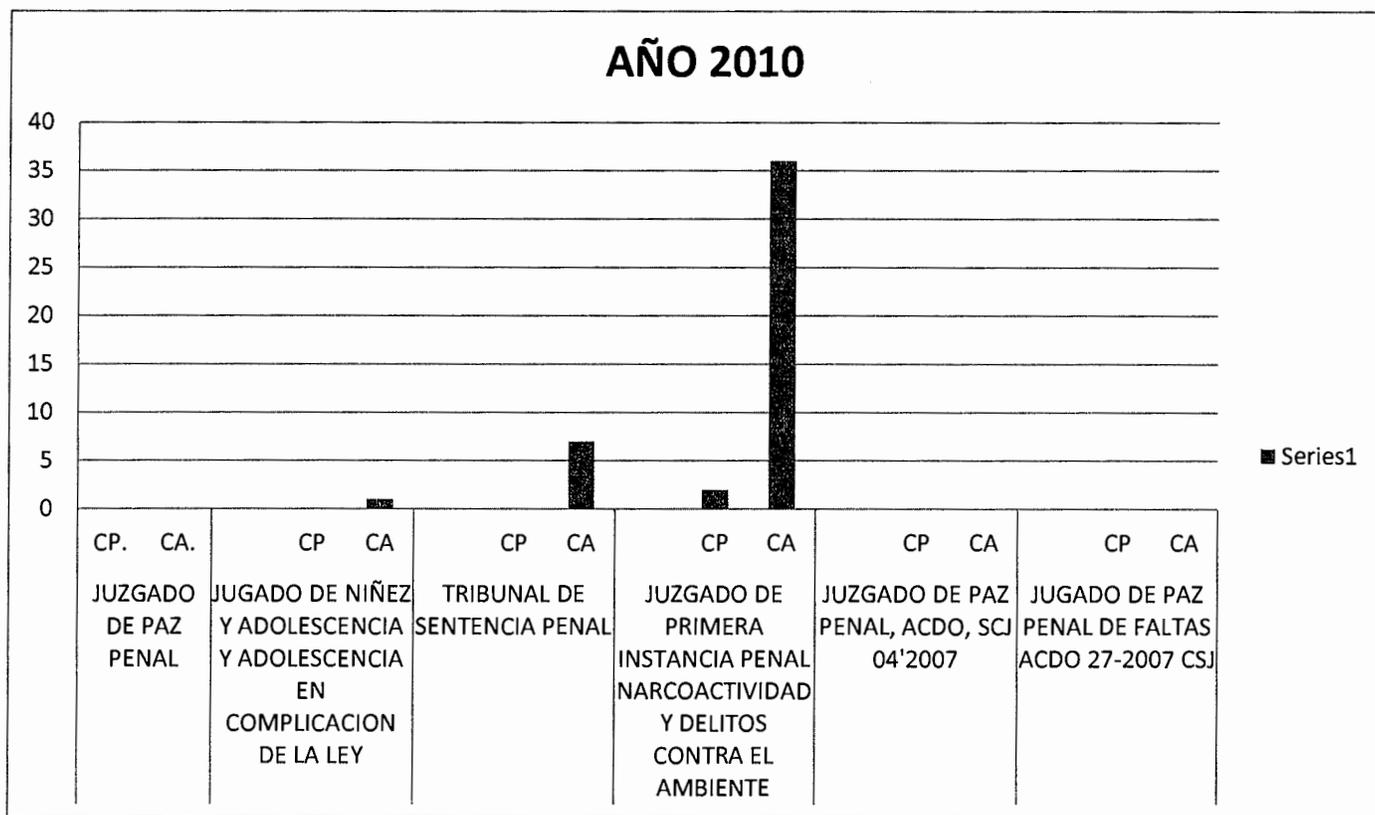
Ley: Libro Segundo Parte Especial Código Penal Decreto 17-73



Gráfica No. 6

Casos ingresados por delitos de cohecho en el Juzgado de Paz de Faltas ACDO, CSJ, 27.2007 del municipio de Guatemala. Año 2010, septiembre 2011.

Ley: Libro Segundo Parte Especial Código Penal Decreto 17-73





BIBLIOGRAFÍA

- Acción Ciudadana. **Redes de corrupción y propuesta de reformas legales contra la corrupción.** Guatemala, Guatemala: Ed. Serviprensa, S. A. 2004.
- ANTELISEI MANZINI, Francesco, **Manual de derecho penal.** Torino ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Hispano americana, 1960.
- BACIGALUPO, Enrique. **Sobre la reforma de los delitos de funcionarios, en documentación, jurídica.** (s.e.), 1983.
- BUOMPADRE, Jorge Eduardo. **Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Mave, 2001.
- CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal. Parte especial.** traducción al español, por José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero 2 vol.; 4ª ed.; revisada, Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1993.
- CASAS BARQUERO, Enrique. **Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español.** Salamanca, Salamanca, Ed. Universidad, 1982.
- CATALÁN SENDER, Jesús. **Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal.** (doctrina y jurisprudencia), Barcelona, España: Ed. Bayer Hnos. S.A, 1999.
- CÓRDOBA RODA, Juan. **El cohecho de funcionarios públicos, en VV.AA., Estudios jurídicos.** En honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, 1t.; Barcelona, España: Ed. Bosch, 1983. 190 págs.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **El delito de cohecho.** En VV.AA. Delitos contra la Administración Pública. Edición al cuidado de Adela Asúa Batarrita, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, España: (s.e.), 1997.
- Diccionario. Ilustrado océano de la lengua española, del milenio, ed.;** España: Ed. Océano, 2000.
- DONNA, Edgardo Alberto. **Delitos contra la administración pública.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002.
- ETCHEBERRY, Alfredo. **Derecho penal. Parte especial.** 4t.; 3ª ed.; Santiago, Chile: Ed. Jurídica, 1998.



GIMENO LAHOZ, Ramón y Teresa Corbella Herreros. **Comentarios sobre el delito de cohecho**, en VV.AA., Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia y contra la Constitución, – Revista de Estudios de la Justicia – N° 5 coordinado por C. Ganzenmüller, 71-88 págs. Barcelona, España: Ed. Bosch, 2004.

GRANADOS PÉREZ, Carlos. **El instrumento en el delito de cohecho**, en VV.AA., Delitos de los funcionarios públicos, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España: (s.e.), 1994.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez Guzmán. **Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial**. De Talca, Talca: Ed. Universidad, 2001.

MIR PUIG, Carlos. **Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal**, Barcelona, España: Ed. Bosch, 2000.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. **Derecho Penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)**, Universidad Complutense de Madrid, España: Ed. Civitas, 1980

OLAIZOLA NOGALES, Inés. **El delito de cohecho**. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 1999.

RODRIGUEZ PUERTA, María José. **Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios**, Pamplona España: Ed. Arazandi, 1999.

RODRIGUEZ RAMOS, Luis. **Transfuguismo retribuido y cohecho**, (s.l.i), (s.e), 1994.

ROJAS VARGAS, Fidel. **Delitos contra la administración pública**, Lima, Perú: (s.e), 2001.

Legislación:

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

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

Código Procesal Penal Decreto 51-92. Congreso de la República de Guatemala, 1994.

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



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

Ley en Materia de Antejudio Decreto 85-2002. Congreso de la República de Guatemala, 2002.

Definición de Naciones Unidas, y **la Ley contra la delincuencia organizada Decreto 21-2006.** Congreso de la República de Guatemala