

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

**EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, RESULTADO DE ACTIVIDADES ILÍCITAS NO  
REGULADAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE GUATEMALA**

**LUIS DAVID GAITÁN ARANA**

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2012

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

**EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, RESULTADO DE ACTIVIDADES ILÍCITAS NO  
REGULADAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE 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

**LUIS DAVID GAITÁN ARANA**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, octubre 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 Dieguez  
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  
Secretario: Lic. Guillermo Rolando Díaz Rivera  
Vocal: Licda. Eloisa Mazariegos Herrera

**Segunda fase:**

Presidente: Lic. Saulo De León Estrada  
Secretario: Licda. Mayra Yojana Véliz López  
Vocal: Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis

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



**Lic. Carlos Augusto Melgar Peña**

Colegiado No. 7237

28 Av. 04-27 Zona 4, Villa Nueva

Condominio Prados de Castilla

Teléfono Oficina: 2322-8888 Ext. 11677 / Cel. 42197602

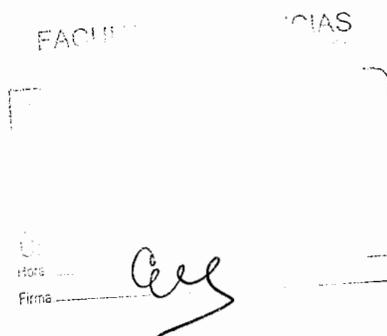
Guatemala, 16 de Mayo del 2012

Licenciado

**Efraín Guzmán**

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Presente.

Licenciado Guzmán:



En cumplimiento de la providencia recaída en mi persona, fechada el nueve de marzo del año dos mil once, procedí a revisar el trabajo de tesis denominado **“EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, RESULTADO DE ACTIVIDADES ILÍCITAS NO REGULADAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE GUATEMALA”**, elaborado por el estudiante **Luis David Gaitán Arana**.

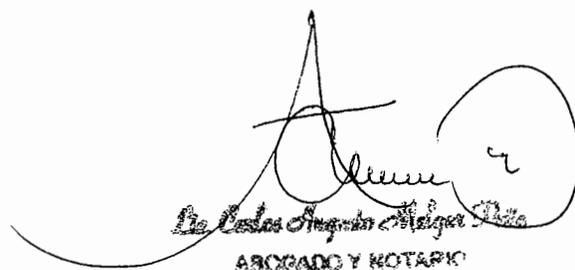
Mi labor resultó interesante, debido a que el modo de enfocar el tema aludido por el estudiante Gaitán Arana, encierra una dedicación muy profesional que se anticipa a un prestigioso desempeño en la carrera que pronto iniciará. Es evidente el contenido científico y técnico de la tesis por su clara redacción, producto de aplicar de forma correcta la metodología basada en trabajo de campo, que incluye técnicas de investigación como la búsqueda de fuentes hemerográficas y bibliográficas, legislación comparada, así como la realización de entrevistas a diferentes expertos nacionales y extranjeros, lo que permite ver una hilación de ideas que no dejan lugar a dudas sobre su acuciosa documentación.



Sobresale la contribución científica del trabajo en mención, pues en el ámbito sociopolítico existe un consenso general sobre la necesidad de hacer efectivos aquellos mecanismos que aseguren la probidad en la gestión pública, contemplando tanto aspectos preventivos como de sanción penal, y dentro de los últimos destaca la imperativa necesidad de regular en la legislación guatemalteca el tipo penal de Enriquecimiento Ilícito, como una forma de sancionar los incrementos patrimoniales desmedidos e injustificados de los funcionarios públicos, como resultado de utilizar lo público para obtener beneficios personales, en desmedro del bien común que debe procurar el Estado.

Las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada respaldan lo anteriormente expresado, por lo que, al cumplirse con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, APRUEBO la investigación revisada, para que continúe con el trámite respectivo.

Sin otro particular, aprovecho la ocasión para suscribirme como su atento servidor,



Lic. Carlos Augusto Méjico Méjico  
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala

**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, 01 de junio 2012.

Atentamente, pase al **LICENCIADO CARLOS ROBERTO SANDOVAL ALDANA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante: **LUIS DAVID GAITÁN ARANA**, intitulado “**EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, RESULTADO DE ACTIVIDADES ILÍCITAS NO REGULADAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE 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 establece: “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”.

**DR. CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS**  
**JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS**



cc.Unidad de Tesis  
CEHR/iyc



Lic. Carlos Roberto Sandoval Aldana  
Abogado y Notario

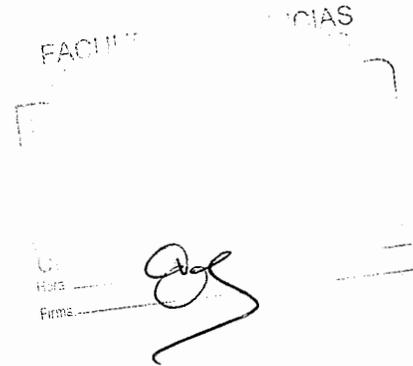


Guatemala, 26 de junio de 2012

Licenciado

**Carlos Ebertito Herrera Recinos**

Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Presente



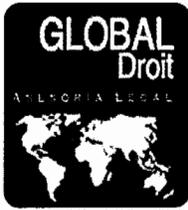
Respetable Licenciado Herrera:

En cumplimiento de la resolución respectiva dictada por la Unidad a su cargo, procedí a revisar la tesis de grado del bachiller Luis David Gaitán Arana.

En virtud del nombramiento de revisor recaído en mi persona, procedo a emitir el siguiente:

#### DICTAMEN

El trabajo de tesis denominado "EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, RESULTADO DE ACTIVIDADES ILÍCITAS NO REGULADAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE GUATEMALA", sustentado por el estudiante Gaitán Arana, es correcto en cuanto a la terminología tanto jurídica como técnica utilizada en la misma, así como en la relación de conceptos y teorías expuestas por parte del autor. El contenido científico y técnico del presente trabajo de tesis ha sido desarrollado con exactitud, la metodología basada en trabajo de campo, que incluye técnicas de investigación como la búsqueda de fuentes hemerográficas y bibliográficas, legislación comparada, así como la realización de entrevistas a diferentes expertos nacionales y extranjeros han sido las correctas.



Lic. Carlos Roberto Sandoval Aldana  
Abogado y Notario



Comparto el dictamen del asesor de tesis, y en calidad de revisor, agrego que este trabajo, constituye un aporte a la doctrina jurídica y a la legislación en materia penal que contribuya a adoptar mecanismos que aseguren la probidad de la gestión pública y faciliten la persecución penal de los funcionarios públicos que cometen delitos relacionados con corrupción en detrimento del bienestar general de la población, mediante la utilización de recursos públicos.

Por lo expuesto, estimo que la redacción del trabajo de investigación en mención, las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada cumplen con las disposiciones del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público.

En tal virtud, y en calidad de revisor, APRUEBO, el trabajo de tesis citado, pues ha cumplido con las finalidades determinadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por tanto, puede ser sometido a discusión en la fecha correspondiente que se fije para el examen público respectivo.

Sin otro particular, le saluda atentamente,

*Carlos Roberto Sandoval Aldana*  
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Carlos Roberto Sandoval Aldana

Colegiado No. 6812



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, 11 de septiembre de 2012.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante LUIS DAVID GAITÁN ARANA, titulado EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, RESULTADO DE ACTIVIDADES ILÍCITAS NO REGULADAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMQ/irc

Lic. Avidán Ortiz Orellana  
DECANO



Rosario





## DEDICATORIA

### **A JESÚS:**

Mi gran timonel. Mi ejemplo de vida que me motiva a ser un buen cristiano y auténtico y comprometido ciudadano.

### **A MI ESPOSA:**

Pamela, por ser mi amor, mi cómplice y mi todo, porque codo a codo somos mucho más que dos. Gracias por tu incondicional apoyo. Te amo.

### **A MIS HIJAS:**

Sofía y Natalia, porque han traído una luz a mi vida que me mueve a intentar ser una mejor persona y construir una mejor sociedad. Las amo.

### **A MI PADRE:**

Ramón Gaitán, porque tu amor será la luz que guíe siempre mi vida.

### **A MI MADRE:**

Gloria Arana, por darme la vida y entregarme la tuya. Porque tu amor me hará siempre recordar mi misión en la tierra.

### **A MIS HERMANOS:**

Fernando, Claudia y Edson, sin ustedes jamás hubiera sido posible este logro. Gracias por creer en mí y por demostrarme su amor.



**A MIS SOBRINOS:**

Edson, Cristian, Fernando, Ana Paula, Martín, Adrian, Juan Luis, Santiago y José Andrés, por su amor y por ser un motor que mueve mi vida.

**A MIS AMIGOS Y AMIGAS:**

Especialmente a Ana, Pablo, Rita, Gustavo, Mario, Roberto, Maria Renee, Alejandro, Liza y Luis Martínez por aceptarme como soy, creer y confiar en mí y hacer más feliz mi vida.

**A ACCION CIUDADANA:**

Por la experiencia adquirida y darme la oportunidad de poner mi conocimiento y profesión al servicio de Guatemala.

**A MI PATRIA GUATEMALA:**

Prometo ser un profesional al servicio de sus intereses y habitantes, porque aún sueño con una Guatemala más democrática, justa y humana.

**A LA UNIVERSIDAD DE CARLOS DE GUATEMALA:**

Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



## ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
<b>CAPÍTULO I</b>	
1. Consideraciones generales sobre la corrupción.....	1
1.1. Delimitación del concepto.....	1
1.1.1. Relevancia del combate a la corrupción.....	1
1.1.2. Etimología y definición.....	2
1.1.3. Los efectos de la corrupción.....	5
1.2. Medidas destinadas para el combate a la corrupción.....	7
1.2.1. Medidas preventivas.....	8
1.2.2. Medidas de penalización.....	9
1.3. La Convención Interamericana contra la Corrupción.....	11
1.4. Los delitos contra la administración pública.....	15
1.4.1. La finalidad de la función pública.....	15
1.4.2. Concepto del funcionario público o empleado público (servidor público).....	19
1.4.3. El bien jurídico tutelado en los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos.....	22



1.4.4. De los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos regulados en el Código Penal de Guatemala.....	26
1.4.4.1. Cohecho pasivo.....	26
1.4.4.2. Cohecho activo.....	30
1.4.4.3. Cohecho activo transnacional.....	33
1.4.4.4. Aceptación ilícita de regalos.....	36
1.4.4.5. Peculado.....	37
1.4.4.6. Malversación.....	40
1.4.4.7. Concusión.....	42
1.4.4.8. Fraude.....	46
1.4.4.9. Exacciones ilegales.....	48
1.4.5. Delitos que aún no han sido regulados según Compromisos Internacionales.....	51

## CAPÍTULO II

2. Del delito de enriquecimiento ilícito.....	52
2.1 Sistemas de declaraciones juradas patrimoniales como medio de detección del enriquecimiento ilícito.....	54
2.2 Regulación en el derecho comparado del delito de enriquecimiento ilícito, como medida sancionatoria.....	57

## CAPÍTULO III

3. Elementos estructurales del tipo penal de enriquecimiento ilícito.....	67
---	----



Pág.

3.1.	Elementos objetivos.....	67
3.1.1.	El funcionario o servidor público como sujeto activo.....	67
3.1.2.	El Estado como sujeto pasivo.....	70
3.1.3.	El bien jurídico tutelado.....	70
3.1.4.	La conducta ilícita.....	73
3.1.4.1.	Delito de omisión.....	73
3.1.4.2.	Delito de acción.....	76
3.2.	Elementos subjetivos.....	79
3.2.1.	El dolo.....	79
3.3.	Autoría y participación.....	81
3.4.	La subsidiariedad del delito.....	83

#### **CAPÍTULO IV**

4.	Persecución penal del delito de enriquecimiento ilícito en Guatemala....	88
4.1.	Persecución penal de los delitos contra la administración pública en Guatemala.....	88
4.2.	Persecución penal del delito de enriquecimiento ilícito.....	93
4.3.	Intentos por tipificar el delito de enriquecimiento ilícito en Guatemala.....	96
4.4.	Análisis de la iniciativa denominada Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de conformidad con la Convención Interamericana contra la Corrupción.....	98
4.5.	Propuesta de tipificación del delito de enriquecimiento ilícito.....	105



	<b>Pág.</b>
CONCLUSIONES.....	108
RECOMENDACIONES.....	110
BIBLIOGRAFÍA.....	112



## INTRODUCCIÓN

La corrupción representa un obstáculo para la reducción de la pobreza y la promoción del desarrollo sostenible en Guatemala. Aunque existe un consenso en la población nacional e internacional que el combate a la corrupción debe de ser una de las actividades prioritarias y constantes de los gobiernos, estos cuentan con obstáculos para realizarlo, uno de ellos es la inexistencia de la tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito.

Desde hace varios años en Guatemala se han presentado once iniciativas de ley que pretenden reformar el Código Penal e incluir al enriquecimiento ilícito, como un delito que pretende sancionar los incrementos patrimoniales de los funcionarios públicos desmedidos e injustificados. Esta investigación justifica la importancia de incluir esta reforma de forma inmediata como mecanismo indispensable para sancionar la corrupción en Guatemala.

La hipótesis de la investigación parte del hecho que la inclusión del delito de enriquecimiento ilícito en la legislación guatemalteca permite aumentar la persecución penal en los delitos relacionados con actos de corrupción contra la administración públicos.

Para tal efecto se planteó el siguiente objetivo general: Determinar cómo la tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito en la legislación guatemalteca, permitirá el



aumento de la persecución penal en los delitos relacionados con casos de corrupción contra la administración pública.

La metodología para obtener el resultado de la investigación se basó en trabajo de campo, que incluyó la búsqueda de fuentes hemerográficas y bibliográficas, legislación comparada, así como la realización de entrevistas a diferentes expertos nacionales y extranjeros, trabajo de escritorio, que incluye lectura y levantamiento de información.

La tesis consta de cuatro capítulos: En el capítulo I, las consideraciones generales sobre la corrupción y las medidas para combatirla; capítulo II, aspectos generales del delito de enriquecimiento ilícito y su regulación en el Derecho comparado; capítulo III, los elementos estructurales que integran el delito de enriquecimiento ilícito; y, capítulo IV, la persecución penal del delito de enriquecimiento ilícito, finalizando con una propuesta de tipificación en la legislación guatemalteca que permita su correcta y apropiada implementación.

La adopción del delito de enriquecimiento ilícito en la legislación guatemalteca es una necesidad y presión social nacional e internacional, como una medida de combate a la corrupción, que debe de ser asumida por el Estado de Guatemala de manera inmediata. Esta tesis pretende contribuir a una correcta tipificación del delito por parte del Congreso de la República, que contenga los elementos objetivos y subjetivos necesarios, que de conformidad con la legislación y experiencia comparada, permitan mejorar la persecución penal de delitos cometidos contra la administración pública.



## CAPÍTULO I

### 1. Consideraciones Generales sobre la corrupción

#### 1.1. Delimitación del concepto

##### 1.1.1. Relevancia del combate a la corrupción

El fenómeno de la corrupción ha cobrado relevancia durante los últimos años porque afecta la estructura organizacional del Estado, impide garantizar el cumplimiento de los derechos humanos y restringe el respeto por los principios democráticos de gobierno; lo que imposibilita el desarrollo de las sociedades.

Debido a los problemas que la corrupción genera, es mayor el número de personas, organismos nacionales e internacionales; y gobiernos que se dedican a analizarla, en primer lugar para conocerla, definirla y entenderla, y en segundo para generar consensos que impliquen tomar las medidas necesarias para su prevención y combate.

Ese consenso es de los Estados latinoamericanos, quienes manifestaron su preocupación y compromiso a través de la suscripción de la Convención Interamericana contra la Corrupción, tal y como se establece en el preámbulo, el cual en su parte conducente establece: “Convencidos de la necesidad de adoptar cuanto antes un instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y, en especial, para tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas



o específicamente vinculados con dicho ejercicio; así como respecto de los bienes producto de estos actos.”

De igual manera se torna necesario generar conciencia en los ciudadanos de cualquier parte del mundo sobre la gravedad y amplitud de este fenómeno, buscando que la responsabilidad de combatirlo no recaiga únicamente en los gobiernos sino en la participación ciudadana y en cualquier agente encargado de prevenirla o sancionarla.

### 1.1.2. Etimología y definición

El término corrupción proviene de la voz latina **corrumpere**, que significa descomponer, echar a perder, podrir. En tal sentido se puede decir que algo corrupto es sinónimo de algo descompuesto, podrido o sucio.

La raíz indoeuropea de la palabra corrupción es **reut**, que significa arrebatar, término que refiere a la acción de quitar o tomar alguna cosa con violencia y fuerza.<sup>1</sup>

Derivado de su origen etimológico, es necesario precisar las conductas consideradas como actos de corrupción, de lo contrario se percibirá que es corrupta cualquier conducta humana no aceptada por la sociedad o por las leyes.

---

<sup>1</sup>Todarello, Guillermo Ariel, **Corrupción Administrativa y Enriquecimiento Ilícito**, pág. 100.

A efecto de comprender mejor el concepto de corrupción, se presenta una serie de definiciones formuladas por diferentes actores dedicados a su estudio y análisis, por ejemplo:

- En las organizaciones, especialmente en las públicas, consistente en la utilización de funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores.<sup>2</sup>
- Conducta que se desvía de los deberes formales de un rol público por ganancias de interés privado (personal, familiar o grupal) pecuniarias o relacionadas con el estatus.<sup>3</sup>
- Abuso del poder delegado para obtener un beneficio privado.<sup>4</sup>
- Articulación de condiciones y acciones que hacen posible la utilización de bienes, espacios, servicios, instancias y procedimientos para beneficio personal o privado, en desmedro de los intereses generales o bien común.<sup>5</sup>

Puede observarse que existen diversas formas de definir la corrupción, sin embargo, no es necesario adoptar una de ellas como absoluta, dependerá del análisis, de la utilidad o del contexto. Pero lo esencial de todas las definiciones es que expresan la existencia de un aprovechamiento del poder o de la función que se desempeña, el cual provoca un detrimento del bienestar general o común.

---

<sup>2</sup>Diccionario de la Real Academia Española, 22ª. Ed., Espasa.

<sup>3</sup>Klitgaard, Robert, **Controlando la corrupción**, pág. 45.

<sup>4</sup> Transparencia Internacional. [http://www.transparency.org/news\\_room/faq/corruption\\_faq](http://www.transparency.org/news_room/faq/corruption_faq)

<sup>5</sup>Acción Ciudadana. **La corrupción en Guatemala: Aspectos jurídicos e institucionales**, pág. 11.

Diversos juristas y académicos han concluido que derivado de la variedad de definiciones y perspectivas que existen de la corrupción, es necesario establecer los elementos que son comunes a todo acto de corrupción. Francisco Suárez propone los siguientes:<sup>6</sup>

- **Beneficio:** Todo acto de corrupción tiene como finalidad la consecución de un beneficio particular, económico o no, pero siempre en detrimento del bienestar público o colectivo.
- **Transgresión normativa:** Un acto de corrupción supone la transgresión de una norma vigente.<sup>7</sup>
- **Interacción:** En la mayoría de casos, un acto de corrupción supone la participación de dos actores, el corruptor y el corrupto, en donde ambos obtienen beneficios personales.<sup>8</sup>
- **Aprovechamiento de una posición de poder público:** En el acto de corrupción uno de los actores se aprovecha del poder o de la función que le ha sido delegada. En el caso de la función pública, el funcionario se aprovecha de la función pública que le ha sido encomendada por el pueblo, en forma directa o indirecta.

---

<sup>6</sup> Francisco Suárez y Fernando Isuani. “**La corrupción al servicio del delito**”, pág. 103 y 104.

<sup>7</sup>Es importante aclarar que el hecho que todo acto de corrupción suponga una transgresión normativa no significa que sea constitutivo de delito, tal es el caso del enriquecimiento ilícito o tráfico de influencias, hechos aún no tipificados como delitos en la legislación guatemalteca.

<sup>8</sup>Es necesario aclarar que en determinados casos el acto de corrupción es ejecutado únicamente por un solo actor.

- **Perjuicio:** Todo acto de corrupción significa un daño para una, varias o la mayoría de personas integrantes de una sociedad, debido al desvío del destino de los fondos, bienes o servicios.
- **Ocultamiento:** Debido a la transgresión de las normas, el acto de corrupción se desarrolla bajo la mayor opacidad posible, lo cual dificulta su conocimiento, investigación y persecución.

La confirmación de estos elementos permitirá establecer con mayor precisión aquellos casos en los que se pueda verificar un acto de corrupción. Sin embargo es importante mencionar que sin importar la variabilidad que pueda tener un acto de corrupción, el daño que causa en las sociedades es irreparable.

### 1.1.3. Los efectos de la corrupción:

Transparencia Internacional<sup>9</sup> establece por un lado, que la corrupción daña a todos, sin embargo afecta más a los pobres y su impacto es algunas ocasiones es más obvio que otras. Por otro lado indica que es casi imposible calcular los costos de la corrupción, pues los pagos realizados por sobornos no están registrados, además resulta innecesario medir la cantidad de dinero que se pierde si no puede sumarse el drama humano que significan los resultados como la degradación del medio ambiente,

---

<sup>9</sup> Organización de la sociedad civil que lidera la lucha contra la corrupción, reúne a la gente en una coalición mundial de gran alcance para poner fin a los efectos devastadores de la corrupción, en los hombres, mujeres y niños de todo el mundo. Consultado en la página electrónica [http://transparency.org/about\\_us](http://transparency.org/about_us) el 01 de mayo de 2011.

el analfabetismo, la escasa e inadecuada atención médica, entre otros.<sup>10</sup> A decir de Guillermo Ariel Todarello “la corrupción instalada en el marco de la administración estatal produce consecuencias definitivamente más gravosas y perjudiciales que aquellas calificadas como económicas.”<sup>11</sup>

El mismo autor explica que<sup>12</sup>, las consecuencias derivadas de la corrupción pueden apreciarse en las siguientes esferas:

1. Efectos políticos, a través de la desnaturalización del Estado democrático y la privatización de la ley.
2. Efectos relacionados con la seguridad jurídica, a través del debilitamiento del sistema interrelacionado de controles (pesos y contrapesos) instalado en todo sistema democrático.
3. Efectos sociales, a través de los incentivos negativos que motivan a la sociedad, los daños generados en torno a la confianza recíproca de los ciudadanos, como sistema de protección del delito, la generación de riesgos y su afectación a la igualdad social.
4. Y, por último, los daños producidos en torno al sistema económico.

Un estudio realizado por Acción Ciudadana<sup>13</sup>, indica: “...la corrupción tiene efectos más claramente nocivos en tres ámbitos: 1. En lo económico, aumenta los costos de

---

<sup>10</sup>Transparencia Internacional, [http://transparency.org/about\\_us](http://transparency.org/about_us) consultada el 01 de mayo de 2011.

<sup>11</sup>Francisco Suárez y Fernando Isuani Ob. Cit. Pag.99

<sup>12</sup> Ibid. Págs. 175-203

<sup>13</sup> Acción Ciudadana es una organización de la sociedad civil, que desde 1996 se constituyó para fomentar una ciudadanía consciente y comprometida con la construcción de la democracia en Guatemala, así como para promover la transparencia en la gestión pública. Es Capítulo de Transparencia Internacional desde enero de 2006.

los bienes y servicios. 2. En lo político, reproduce y consolida la exclusión política y la desigualdad social, preserva las redes de complicidad entre las élites políticas, militares y económicas y fortalece la vigencia de la impunidad. 3. En lo social, acentúa las diferencias sociales al limitar el papel del Estado como mediador de las demandas de los distintos grupos sociales, a aquellos que concentran el poder político, el militar y especialmente el económico”.<sup>14</sup>

Como se puede observar, los efectos y consecuencias derivadas de los actos de corrupción son múltiples y algunos indefinibles, lo que ha llevado a los diferentes Estados, organismos nacionales e internacionales, y sociedad civil, a la tarea de crear políticas, mecanismos y sanciones que tiendan a combatir la corrupción.

## **1.2. Medidas destinadas para el combate a la corrupción**

Derivado del contexto sociopolítico en el que florece la corrupción, sus efectos y el consenso que existe para erradicarlas, se han instituido en el mundo medidas que incluyen la creación de políticas públicas, mecanismos y sanciones, con el único objetivo de combatir este flagelo. En esta investigación se concentrarán en dos grandes grupos:

---

[http://accionciudadana.org.gt/index.php?option=com\\_content&task=view&id=18&Itemid=35](http://accionciudadana.org.gt/index.php?option=com_content&task=view&id=18&Itemid=35). Consultada el 20 de mayo de 2011.

<sup>14</sup> Acción Ciudadana, **La corrupción en Guatemala: Aspectos jurídicos e institucionales**, Pág. 13.

### 1.2.1. Medidas Preventivas

Tienen por objeto limitar el campo de acción para que las personas puedan cometer un acto de corrupción, tales como:

- **Mecanismos de transparencia.** Su finalidad es colocar a la función pública a la vista de la ciudadanía, atendiendo al principio democrático republicano que expresa que el poder proviene del pueblo, siendo este capaz de controlar y participar de las acciones de sus gobernantes. Los mecanismos más frecuentes son: la rendición de cuentas, y el acceso a la información.
- **Control interno y externo de los actos públicos.** El objeto del control atiende al principio de evitar la concentración del poder en un solo ente, imponiendo controles de vigilancia de manera interna y externa, vertical u horizontal, tal es el caso de las oficinas anticorrupción, las auditorías internas, el órgano contralor y la procuraduría general.
- **Institucionalización del servicio civil:** Resulta imposible desprender a la función pública en los mecanismos de prevención de la corrupción, pues el funcionario público representa un eje de suma importancia en esta tarea. Mientras más estabilidad, profesionalización y motivación exista mejores serán los resultados obtenidos. Los efectos serán observados a mediano y largo plazo y “propone concebir al funcionario público como un agente de alta profesionalidad, pero también con acceso a una remuneración adecuada, el

cual debiera formarse en una escuela especializada e ingresar al servicio del Estado por concurso”.<sup>15</sup>

- **La educación cívica y moral:** Este elemento se torna necesario implementar desde la infancia, pues desde ese momento debe comprenderse la importancia de la vida social, cultural y política de un país, lo cual trae consigo la comprensión del Estado y el rol que cada actor debe de desempeñar, el cual debe de ser contrario a la comisión de cualquier acto corrupto. Sin embargo es necesario que este mecanismo continúe a lo largo de la vida del ser humano y su profesionalización, con el ánimo de generar conciencia y valorar la vida en sociedad y el ejercicio correcto de la ciudadanía.

### 1.2.2. Medidas de penalización

Algunos autores expresan que los mecanismos sancionadores o medidas de penalización son también medidas preventivas, pues actúan como ejemplo para el resto de la sociedad que piense cometer un acto de corrupción y pueda reflejarse en la persona sancionada a efecto de conocer lo que pudiera ocurrirle si decide cometer el acto. Sin embargo, es conveniente analizar en qué medida la tipificación de conductas ilegales y la imposición de penas desaniman a las personas corruptas a cometer actos ilegales. Además se desvirtúa el fin teórico para la aplicación de las penas. Todarello indica al respecto, “ello sería utilizar la sanción propiciada a una persona –en este caso a un ocasional funcionario o empleado público corrupto- como medio para

---

<sup>15</sup>Todarello, **Ob. Cit.** Pág. 240.

generar un estado de temor en el resto de la sociedad, contrariando, a mi criterio, uno de los principios elementales del sistema de derechos humanos, que implica considerar a cada persona como fin en sí misma y nunca como un medio para la obtención de resultados externos.”<sup>16</sup>

Desde el punto de vista de esta investigación los mecanismos sancionadores son la consecuencia jurídica de la comisión de acto ilegal, que pretenden sancionar a aquellas personas que han cometido un acto de corrupción y se reintegren los daños ocasionados.

Las sanciones pueden ser de dos tipos:

- **Sanciones de tipo administrativo:** Estas pueden ser variadas y dependerán de cada institución pública. La Ley de Servicio Civil de Guatemala regula las siguientes: amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión del trabajo sin goce de salario y el despido.
- **Sanciones de tipo penal:** Estas implican la comisión de un acto regulado en la legislación como un delito y generan como consecuencia la privación o restricción de un derecho. Se encuentran reguladas en el Código Penal o en leyes especiales que regulen delitos. En el caso de los actos de corrupción se encuentran en su mayoría en la parte especial del Código Penal, en el título de los delitos contra la administración pública.

---

<sup>16</sup>Ibid. Pág. 248

Es importante mencionar que ambos mecanismos –preventivos y sancionadores- deben ser complementarios entre sí, para lograr una completa, eficaz y eficiente política anticorrupción. Las medidas preventivas por si solas no logran que los funcionarios públicos y los ciudadanos en general se abstengan de cometer actos de corrupción. Además, la creación de delitos o la aplicación de penas, no resuelven por si mismos las causas de la corrupción.

La Convención Interamericana contra la Corrupción constituye un instrumento importante que regula ambos mecanismos mencionados anteriormente, motivo por el cual se abordará en el siguiente numeral.

### **1.3. La Convención Interamericana contra la Corrupción**

La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) constituye para Guatemala el primer compromiso internacional asumido en materia de lucha anticorrupción. Fue firmada en la tercera sesión plenaria de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 29 de marzo de 1996 en la ciudad de Caracas, Venezuela. Guatemala ratificó la Convención el 4 de junio de 1996, fue aprobada por el Congreso de la República el diez de mayo de 2001, mediante el decreto 15-2001 y depositó el instrumento de ratificación el 3 de julio de 2001, lo cual la convierte en un instrumento jurídico de aplicación obligatoria para el Estado de Guatemala.

En el artículo II de dicho instrumento, se presentan los propósitos de la Convención que son: “1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Parte a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.”

A fin de alcanzar dichos propósitos la CICC se encuentra dividida en las siguientes partes:

- **Medidas preventivas:** El artículo III regula una serie de medidas preventivas que los Estados Parte convienen en aplicar, tales como, el establecimiento de normas de conducta, sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de los funcionarios públicos, sistemas de contratación de funcionarios públicos y adquisición de bienes y servicios por parte del Estado, mecanismos para estimular la participación ciudadana, entre otros.
- **Medidas de penalización:** Los artículos VI, VII, VIII, IX y XI I, establecen una serie de actividades ilícitas, tales como, cohecho pasivo y activo, concusión y fraude, soborno transnacional, enriquecimiento ilícito, entre otros, las cuales los Estados Parte que aún no lo hayan hecho deberán de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para incluirlas como delitos en su derecho interno, con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico.

- **Asistencia reciproca:** Los artículos XIV y XV establecen una serie de mecanismos para facilitar la asistencia recíproca entre los Estados Parte, tales como, dar curso a las solicitudes de investigación o juzgamiento, intercambio de experiencias, identificación, rastreo y decomiso de bienes, entre otros.

Debido a la importancia que este instrumento tiene en los Estados Parte, específicamente en materia anticorrupción, se implementó por parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA) un instrumento de carácter intergubernamental para apoyar en la implementación de las disposiciones de la Convención. Dicho instrumento se denomina “Mecanismo de Seguimiento a la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC)”.

El MESICIC consiste en una serie de evaluaciones recíprocas entre los distintos Estados Parte que lo integran, a través de lo que se denomina “**rondas de análisis**”, en las cuales cada Estado Parte presenta un informe respecto a la implementación que ha realizado de las disposiciones establecidas en la Convención, para que al final un comité de expertos formule una serie de recomendaciones concretas que les permita continuar avanzando en su implementación. La sociedad civil también forma parte de este proceso, ya que provee información complementaria al informe nacional presentado.

A la fecha se han realizado cuatro rondas de análisis, la primera en el año 2005, la segunda en el año 2007, la tercera en el año 2010 y la cuarta en el año 2011. De tal

forma que a la fecha Guatemala cuenta con una serie de recomendaciones derivadas de las ronda de análisis que le impulsan y obligan a continuar con la implementación.

En la primera ronda de análisis Guatemala recibe recomendaciones respecto a las normas de conducta para prevenir el conflicto de intereses, normas de conducta para asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos, normas para exigir que los funcionarios públicos informen a las autoridades correspondientes sobre los actos de corrupción que tenga conocimiento, medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer el sistema de declaraciones juradas patrimoniales, los órganos de control superior, el acceso a la información pública, los mecanismos de consulta, la participación en el seguimiento de la gestión pública y la asistencia y cooperación recíproca con otros Estados parte.

En la segunda ronda de análisis el MESICIC formula a Guatemala recomendaciones en los siguientes temas: Fortalecimiento de los sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado, medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción y adecuar los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos a lo regulado en la CICC.

En la tercera ronda de análisis se formularon las siguiente recomendaciones: Medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer normas para la negación e impedimentos de

beneficios tributarios por pagos que se efectúen en violación de la legislación contra la corrupción, disposiciones relativas a la prevención del soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, medidas para la implementación del delito de soborno transnacional y la extradición entre los Estados parte de personas que cometan ilícitos regulados en la CICC. Además en dicha ronda se hace una recomendación respecto a la tipificación del enriquecimiento ilícito, la cual establece: “Tipificar como delito, con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, la conducta de **enriquecimiento ilícito** prevista en el Artículo IX de la Convención, que se refiere al incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él (...)<sup>17</sup>”

Es por ello que la CICC y MESICIC revisten vital importancia en esta investigación.

#### **1.4. Los delitos contra la administración pública**

##### **1.4.1. La finalidad de la función pública**

La función pública es aquella que desempeña el Estado para el cumplimiento de sus obligaciones. La Convención Interamericana contra la Corrupción en el artículo I, define por función pública: “toda actividad temporal o permanente, remunerada u

---

<sup>17</sup> Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Informe relativo a la implementación en la República de Guatemala de las disposiciones de la Convención seleccionadas para ser analizadas en la tercera ronda y sobre el seguimiento de las recomendaciones formuladas a dicho país en las rondas anteriores. Aprobado el 25 de marzo de 2011.

honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o de sus entidades en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

De conformidad con el artículo uno de la Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG) “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”. Es decir, que todas las actividades del Estado deberán de estar encaminadas a la obtención del bien común, principio consagrado en las repúblicas democráticas.

La organización jurídica y política del Estado de Guatemala se encuentra de igual manera establecida en la Constitución Política de la República de Guatemala, básicamente mediante una estructura tripartita de poder, Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Dentro de esta compleja estructura se deben de desarrollar una serie de actividades encaminadas al cumplimiento de los deberes <sup>18</sup> y obligaciones del Estado, que provean a sus habitantes el máximo goce de sus derechos individuales y colectivos. Es por ello que la función pública es considerada de vital importancia para el desarrollo de las sociedades.

El aparato estatal cuenta con distintos órganos administrativos, los cuales constituyen el medio por el cual El Estado manifiesta su voluntad, y estos a su vez se encuentran conformados por personas encargadas de ejecutar las actividades necesarias para el

---

<sup>18</sup> Constitución Política de la República de Guatemala. Artículo 2: Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.



cumplimiento de las obligaciones estatales, a quienes se les denomina funcionarios o servidores públicos.

La CPRG en el Artículo 54 establece: “Función pública; sujeción a la ley. Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno. La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley, y no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de la fidelidad a la Constitución”. Este principio supone que para todo ejercicio de la función pública rige el principio de legalidad ya que toda acción deberá estar descrita en una ley anterior.

El Artículo 154 de la CPRG resulta de vital importancia, pues regula la sujeción del funcionario público hacia el pueblo que delego su poder en él, para que lo represente dignamente, vele por sus intereses y cumpla con sus obligaciones.

Un estudio realizado por el Departamento de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en cuanto al principio de legalidad establece: “El principio de legalidad que rige para los funcionarios públicos es fundamental, pues enriquece la expectativa de las personas respecto a que la función del Estado se cumpla de conformidad a su naturaleza generando seguridad jurídica de las acciones de los funcionarios. El fin práctico del principio de legalidad es evitar la arbitrariedad que conduce en definitiva al abuso del poder. El sentido de la legalidad no significa

únicamente el cumplimiento de su carácter formal, que incluye su proceso de creación y designación como tal, sino que también adquiere un sentido sustancial, por cuanto que la Constitución establece la coherencia entre ésta y todo el sistema normativo. Por esta razón se establece que ninguna ley podrá contrariar sus disposiciones, las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure. De esta manera, se establece un sistema normativo integrado, tanto en su forma como en su contenido, donde la Constitución establece los principios y las leyes su aplicación inmediata.

En el Manual de Delitos cometidos por funcionarios públicos en el Código Penal Guatemalteco<sup>19</sup>, se regulan tres principios esenciales que los órganos administrativos deberán tener en cuenta en la realización de la búsqueda del bien común: **Primero**, en caso de presentarse un conflicto de intereses en el ejercicio de la función pública, se debe de interpretar siempre a favor de la colectividad, es decir, el interés colectivo prevalece sobre el individual; **Segundo**, los servidores públicos deben tener en cuenta que los derechos consagrados en las normas constitucionales están por encima de cualquier persona u acto, y que el poder con que cuentan, por ser parte del aparato estatal, debe ser ejercido y debe limitarse a lo prescrito en su Carta Magna y normas vigentes. Es decir que el funcionario o servidor público a diferencia de los ciudadanos puede realizar únicamente aquellos actos que la ley le permite; **Tercero**, los derechos y libertades de las personas que sean lesionados por actos provenientes de los órganos estatales deben ser reparados debidamente y en un plazo razonable.

---

<sup>19</sup>Ramírez Fernández, William. Vásquez Cucho, Nadezhda. **Manual de delitos cometidos por funcionarios públicos en el Código Penal guatemalteco**, Pág. 26.

Entendiendo la reparación en dos vertientes, como una sanción al incumplimiento o abuso de sus funciones y como una indemnización a la víctima por el daño causado. Estas medidas pueden ser de orden administrativo o de orden penal.

El último principio mencionado en el párrafo anterior resulta de vital importancia para esta investigación, ya que busca centrarse en las sanciones de carácter penal reguladas para los funcionarios públicos que abusen de su poder y que puede constituir una forma de indemnización –económica o moral- a la víctima del acto, que como se ha mencionado anteriormente, en el caso de la administración pública, la víctima es la población que delegó su poder en determinado funcionario o empleado público.

#### **1.4.2. Concepto del funcionario público o empleado público (servidor público).**

El concepto de funcionarios público o empleado público, generalmente tiene una interpretación restringida y formal, esto se debe a que se ha utilizado la interpretación de servidor público que contemplan algunas ramas del derecho, como el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, tal es el caso de la Ley de Servicio Civil que en el Artículo 4 establece: “Servidor público. Para los efectos de esta ley, se considera servidor público, la persona individual que ocupe un puesto en la Administración Pública en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo legalmente establecido, mediante el cual queda obligada a prestarle sus servicios o a



ejecutarle una obra personalmente a cambio de un salario, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata de la propia Administración Pública”.

Esta definición contiene elementos que de no estar presentes, no supondría el ejercicio de una función pública, tales como la remuneración económica (salario), la dependencia continuada y la dirección inmediata. Sin embargo este tipo de definiciones no pueden ser automáticamente importados al Derecho Penal, pues en este caso lo que se persigue es poder determinar quiénes pueden ser los autores de los delitos contra la administración pública.<sup>20</sup>

En el caso del derecho penal es necesario establecer un concepto más amplio y material que contribuya al cumplimiento de los fines de la función pública. El Código Penal regula en el Artículo 1, inciso 2 de las Disposiciones Generales que para los efectos penales se entiende por: “funcionario público quien, por disposición de la ley, por elección popular o legítimo nombramiento, ejerce cargo o mando, jurisdicción o representación, de carácter oficial. Los notarios serán reputados como funcionarios cuando se trate de delitos que cometan con ocasión o con motivo de actos relativos al ejercicio de su profesión. Por empleado público quien, sin facultades legales de propia determinación, realiza o ejecuta lo que se le manda, o desempeña labores de agente o guardián de orden público”.

---

<sup>20</sup>Meini, Ivan. **Delitos contra la administración pública. Guatemala**, agosto 2010. Pág. 13.

El Código Penal establece que son tres las fuentes que sirven para determinar qué se entiende por funcionario público: 1) la ley; 2) elección popular; o 3) legítimo nombramiento.<sup>21</sup> El numeral 1 es de vital importancia, pues amplía el concepto de funcionario público, ya que reconoce la definición que pueda estar contenida en cualquier precepto legal de la legislación interna. Tal es el caso de la Convención Interamericana contra la Corrupción, instrumento ratificado por el Estado de Guatemala e incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante el Decreto Legislativo 15-2001, la cual en su Artículo 1, establece que se entiende por “funcionario público”, “oficial gubernamental” o “servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”. Esta definición amplía el universo de servidores públicos con respecto a las definiciones formales provenientes del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo, pues incluye a los servidores públicos que administran al Estado y, como tales, vinculan al Estado con sus actos. Estas características son las que al concurrir de manera simultánea en una persona, permiten afirmar que es un servidor público.<sup>22</sup>

Según Meini, queda demostrado que el Artículo I de la CICC, extiende el círculo de personas a quienes el Derecho Penal considera servidores públicos, pues al establecer tres títulos habilitantes: a) haber sido seleccionado, b) designado o c)

---

<sup>21</sup>Ibid. Pág. 15.

<sup>22</sup>Ibid. Pág. 16.



electo, entendiendo por selección, el haber elegido una persona entre otras; designación, hace referencia a destinar a una persona para fin determinado; y, por elección, se concibe el nombramiento que regularmente se hace por votos, quedan incluidas todas las posibilidades que existen de acceder a la función pública<sup>23</sup>

También es importante establecer, a partir de qué momento alguien ha sido seleccionado, designado o electo para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, lo cual según Meini, “se es servidor público antes, incluso de haber asumido el cargo”, pues el hecho que un título o nombramiento es nulo, defectuoso o carece de valor por ausencia de un requisito formal, o bien que el funcionario haya sido seleccionado o electo pero no haya juramentado o tomado posesión, no implica que no realicen una función pública y por lo tanto no se debe permitir su impunidad<sup>24</sup>.

#### **1.4.3. El bien jurídico tutelado en los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos.**

Antes de hacer referencia al bien jurídico tutelado en los delitos contra la administración pública, es importante establecer qué es el bien jurídico tutelado.

---

<sup>23</sup>Ibid.

<sup>24</sup>Ibid.

En las sociedades existen un conjunto de principios o valores que son necesarios para la convivencia pacífica de los habitantes. El Estado tiene la obligación de tomar las medidas correspondientes para que estos valores sean respetados. Dentro de estas medidas se encuentra la labor que hace el Organismo Legislativo al emitir leyes y específicamente leyes penales que regulan una serie de conductas ilegales que atentan contra los valores de la sociedad y elevan estos valores a categorías jurídicas con el objeto de proteger los bienes o intereses del Estado. Estas quedan contenidas en la parte especial de los códigos penales y sirven a la vez como elemento de ordenación de las figuras delictivas.

Para Palacios Motta, el bien jurídico tutelado, “es el interés que el Estado pretende proteger a través de los distintos tipos penales, interés que es lesionado o puesto en peligro de la acción del sujeto activo, cuando esta conducta se ajusta a la descripción legal”<sup>25</sup>

“El objeto jurídico del delito, es el bien jurídico que el hecho punible lesiona o pone en peligro, es decir, el concreto valor elevado a su categoría de interés jurídico, individual o colectivo de orden social, protegido en el tipo legal.”<sup>26</sup>

Respecto al bien jurídico tutelado en los delitos contra la administración pública podemos encontrar diferentes criterios. Para los autores guatemaltecos De Mata Vela

---

<sup>25</sup> De Mata Vela, Juan Francisco, de León Velasco Héctor Aníbal. **Derecho Penal Guatemalteco**, Parte General y Parte Especial.. Pág. 238.

<sup>26</sup>Ibid.

y De León Velasco, citando a Antolisei (citado por Torio López, *Delitos contra la administración Pública: 428*) “el concepto de Administración Pública no puede tomarse en sentido estricto sino amplio, comprendiendo toda la actividad del Estado y los demás entes públicos. Los delitos correspondientes no tutelan solo la actividad administrativa, sino también la legislativa y judicial”.<sup>27</sup>

Diversos códigos penales incluyen el título de “Delitos contra la Administración Pública” y se dividen en varias categorías, en el caso de Guatemala y Brasil, los divide en dos capítulos: a) “de los delitos contra la administración pública cometida por particulares”; b) “de los delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos”.<sup>28</sup> El Código Penal de Argentina los agrupa en tres apartados: a) los ataques a la autoridad pública; b) Los delitos de los funcionarios públicos; y, c) Los ataques a la jurisdicción. Otros países que no siguen el sistema Rocco adoptan otros títulos como, delitos contra la autoridad y delitos cometidos por funcionarios públicos (México), delitos contra la función pública (Alemania), delitos contra la autoridad del Estado (Austria).

De tal forma que el bien jurídico tutelado a criterio de Antolisei es, “tanto el funcionamiento regular como el prestigio de las instituciones públicas. Conforme a este criterio en los delitos contra la Administración cometidos por particulares se protege el interés de su desenvolvimiento ordenado, decoroso y eficaz, frente a ataques procedentes de extraños. En los delitos cometidos por los funcionarios, es protegido

---

<sup>27</sup>Ibid. Pág. 694.

<sup>28</sup> “Nuestro código penal adopta la sistemática del Código Penal Tipo según se indica en la exposición de motivos; el Código Penal Tipo a su vez, recoge en su totalidad la doctrina del Código Penal italiano de 1930 proveniente del proyecto Rocco.” Ibid. Pág. 691

principalmente el interés del Estado a la probidad, discreción, imparcialidad, fidelidad y disciplina de las personas que desempeñan funciones públicas.”<sup>29</sup>

Para Ivan Meini, el bien jurídico protegido “lo constituye la Administración Pública, entendida como el correcto desempeño de las labores y deberes que se delegan y descargan los servidores, funcionarios o empleados públicos para que administren el Estado.”<sup>30</sup>

Esta corriente es considerada adecuada, ya que si bien es cierto el funcionamiento regular y el prestigio del Estado es necesario ante la población para generar confianza, este necesita de personas que se encarguen de cumplir con los deberes que le fueron delegados por la sociedad. Pues el funcionario público a partir del momento en que libremente acepta desempeñar un cargo, acepta con ello los deberes previamente establecidos, lo cual como lo describiría Meini, es considerado “un acto de *ingerencia*, que significa que a través de un comportamiento libre, autónomo y responsable, una persona asume una determinada posición de garante frente a terceras personas o con respecto a determinados bienes jurídicos”<sup>31</sup>. Esta corriente justifica la intervención penal, pues sanciona el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por los funcionarios públicos.

---

<sup>29</sup>Ibid. Pág. 694.

<sup>30</sup>Meini, Ob. Cit. Pág. 7

<sup>31</sup>Ibid. Pág. 7.

La definición de Meini abarca a la totalidad de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, sin embargo cada tipo delictivo regula los deberes propios y particulares que son vulnerados cuando el funcionario público incumple con su deber. Algunas de estas figuras serán analizadas en el siguiente apartado.

#### **1.4.4. De los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos regulados en el Código Penal de Guatemala.**

Es importante aclarar que no todos los delitos cometidos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos o servidores públicos, se encuentran regulados en el título XIII del Código Penal, sin embargo en esta investigación se hará referencia únicamente a los que se encuentran en el citado título y que tengan una relación directa con lo que se ha definido como acto de corrupción.

##### **1.4.4.1. Cohecho pasivo.**

“Artículo 439. El funcionario o empleado público que solicite intencionalmente o acepte, directa o indirectamente cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, como favor, dádiva o presente, promesa o ventaja, para sí mismo o para otra persona, a cambio de que dicho funcionario o empleado público realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas, será sancionado con prisión de cuatro (4) a diez (10) años, multa de cincuenta mil (Q 50,000.00) a quinientos mil (Q 500,000.00)

quetzales, de inhabilitación especial por el doble tiempo de la pena que dure la reclusión sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido. Cuando el funcionario o empleado público obligare o indujere a la dádiva, presente, ofrecimiento o promesa, la pena se aumentará en una tercera parte. Las personas que de buena fe denuncien los actos mencionados en este artículo, serán protegidas por las autoridades correspondientes, de conformidad con la legislación vigente.”

El delito de cohecho es lo que se conoce coloquialmente como coima o soborno. Este delito ha sufrido dos reformas (años 2000 y 2006) con el objeto de aumentar la pena, debido al daño que ocasiona en la administración pública. A continuación se analizarán los elementos propios del tipo penal:

**Sujeto activo:** El sujeto activo lo constituye el funcionario o empleado público, es decir, es un delito **especial** <sup>32</sup> ya que requiere una calidad específica.

Además el tipo penal requiere que el funcionario o empleado público se encuentre en el ejercicio de sus funciones, lo que significa que si el funcionario actúa fuera de su competencia, podrá incurrir en otro delito (usurpación de funciones, abuso de autoridad) pero no en el de cohecho pasivo.

También son considerados sujetos activos, de conformidad con el Artículo 441 del Código Penal, los árbitros, peritos u otras personas con función pública, esto con la

---

<sup>32</sup>El delito se tipifica como **especial** sólo cuando se exige que el autor sea un servidor público (intrañeus). Ibid. Pág. 9.

finalidad de sancionar a las personas que aunque carezcan de un título de incorporación a la administración pública, las funciones que desempeñan son de igual importancia para el correcto funcionamiento de la administración pública<sup>33</sup>.

**Sujeto pasivo:** Este lo constituye el Estado a través de la administración pública, aunque este tipo de delitos afectan particularmente a la persona afectada por dicho acto de corrupción, es decir quien se ve directamente afectado por el acto de acción u omisión del funcionario o empleado público.

**Bien jurídico:** Como lo indica el título XIII del Código Penal en donde se encuentra regulado este delito, el bien jurídico tutelado es la administración pública, entendida como se hizo referencia en el numeral anterior.

Sin embargo en el caso específico del cohecho pasivo, el bien jurídico está referido según Meini a la imparcialidad, objetividad y gratuidad con que debe de actuar un funcionario público<sup>34</sup>. Según el diccionario de la Real Academia Española, imparcialidad se refiere a “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”<sup>35</sup>; la objetividad, “desinteresado, desapasionado”, es decir que le permite proceder sin ningún interés

---

<sup>33</sup> Código Penal. Artículo 441.- Soborno de árbitros, peritos u otras personas con función pública. Lo dispuesto en los dos artículos precedentes es aplicable a los árbitros, peritos o cualesquiera personas que desempeñaren, ocasional o permanentemente, una función o cargo públicos.

<sup>34</sup> Meini, **Op cit.** Pág. 21.

<sup>35</sup> Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición. Consulta electrónica el 23 de mayo de 2011.

particular, y, gratuidad, pero no significa que la persona particular no deba pagar por un servicio público, si este cobro se encuentra autorizado, significa que el funcionario no debe cobrar pagos no autorizados por la ley y que son parte de su función pública.

**Conducta ilícita:** De conformidad con el tipo penal, la conducta es que el funcionario o empleado “**solicite** intencionalmente o **accepte**, directa o indirectamente cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, como favor, dádiva o presente, promesa o ventaja, para sí mismo o para otra persona, a cambio de que dicho funcionario o empleado público realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas”. La conducta prohibida se encuentra en los verbos solicitar y aceptar.

Con el verbo solicitar, “se sanciona al funcionario o empleado público que, motu proprio, comunica a un tercero su pretensión de ponerle precio a su función pública”<sup>36</sup>; y, aceptar, significa incorporar a la esfera de su disponibilidad algo de valor, con lo cual se hace referencia a la entrega del bien.

No es necesario que el autor realice u omita el acto de función pública, sino con el solo acuerdo ya sea a través de una solicitud o recibimiento, el delito se encuentra consumado. Vale afirmar que la ventaja o el beneficio que se obtiene por el acto de

---

<sup>36</sup> Ibid. Pág. 25



corrupción no sólo puede ser para el funcionario sino también para terceros, aceptándose de esa forma la corrupción transversal.<sup>37</sup>

El Artículo 440 establece que cuando la dádiva o presente solicitados, recibidos, ofrecidos o prometidos, tuvieren por objeto la realización de un acto que constituya delito, se impondrá la sanción del cohecho pasivo, independientemente de la establecida en el delito cometido.

#### **1.4.4.2. Cohecho activo.**

“Artículo 442. Cualquier persona, que ofrezca u otorgue intencionalmente, directa o indirectamente, a un funcionario o empleado público cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, como favor, dádiva o presente promesa, o ventaja, para sí mismo u otra persona, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas, será sancionada con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y multa de cincuenta mil (Q 50,000. 00) a quinientos mil (Q.500,000.00) quetzales.

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

---

<sup>37</sup> Ramírez Fernández, William. Vásquez Cucho, Nadezhda. **Manual de delitos cometidos por funcionarios públicos en el Código Penal guatemalteco, con especial referencia a los delitos contra los derechos humanos.** Guatemala. Noviembre 2003. Pág. 150.



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.

Si una persona jurídica participa en las actividades descritas en el primer párrafo, a través de las personas mencionadas en el artículo 38 del Código Penal, buscando beneficio para esa persona jurídica, además de las sanciones aplicables a los participantes del delito, se impondrá a la persona jurídica una multa de cien mil quetzales (Q 100,000.00) a setecientos cincuenta mil quetzales (Q 750,000.00) o el doble del beneficio obtenido, la que sea mayor, en caso de reincidencia se ordenará la cancelación definitiva de la patente de comercio de esa persona jurídica. Las personas que de buena fe denuncien los actos mencionados en este artículo, serán protegidas por las autoridades correspondientes, de conformidad con la legislación vigente.”

Este delito sufrió una reforma en el año 2006 con el fin de aumentar la pena, al igual que el cohecho pasivo.

**Sujeto activo:** El sujeto activo lo constituye cualquier persona. Sanciona al particular que participa del acto de corrupción, al considerar que participan como mínimo dos personas (corruptor y corrupto). En este delito no se requiere la calidad especial que se establece en el cohecho pasivo, es decir que al autor de este delito se le conoce

como extraneus, significa “que el sujeto no tiene la cualidad especial que normalmente se requiere para responder como autor, es decir, la calidad de funcionario público.”<sup>38</sup>

El Artículo también regula la pena para el cómplice, rebajada en una tercera parte y en el caso que se con el delito se intente beneficiar a una persona jurídica, esta se le impondrá una multa y en el caso de reincidencia la cancelación definitiva de la patente de comercio.

El autor puede actuar de forma “directa o indirecta”, esto significa que aunque se valga de una tercera persona para trasladar la oferta, de igual manera se le imputará como autor.

**Sujeto pasivo:** De igual manera que el cohecho pasivo, el sujeto pasivo es la administración pública en general y la persona que se ve afectada con el cohecho en específico.

**Bien jurídico:** Este lo constituye la administración pública. Sin embargo en este caso constituye el deber que tiene el particular de valorar y respetar el desempeño de la función pública.

De igual manera puede constituir una acción preventiva para no exponer a los funcionarios públicos a que sean víctimas de propuestas de corrupción.

---

<sup>38</sup>Meini, **Ob. cit.** Pág. 34

**Conducta ilícita:** De conformidad con el tipo penal, la conducta es que un particular “ofrezca u otorgue intencionalmente, directa o indirectamente, a un funcionario o empleado público cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, como favor, dádiva o presente promesa, o ventaja, para sí mismo u otra persona”. Los verbos o acciones en este caso son ofrecer u otorgar, lo que significa que no es necesario que el funcionario o empleado público acepte el soborno, sino con el simple hecho de ofrecer, el delito será consumado.

#### **1.4.4.3. Cohecho Activo Transnacional.**

“Artículo 442 bis. Cualquier persona sujeta a la jurisdicción guatemalteca que ofrezca dádiva o presente, prometa u otorgue cualquier ventaja pecuniaria o de otra índole, directa o indirectamente a funcionario público de otro Estado u organización internacional, para ese funcionario o para otra persona, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en la ejecución de sus funciones para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida de naturaleza económica o comercial, será sancionada con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y multa de cincuenta mil (Q 50,000.00) a quinientos mil (Q 500,000.00) quetzales.

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.

Si una persona jurídica participa en las actividades descritas en el primer párrafo, a través de las personas mencionadas en el artículo 38 del Código Penal, buscando beneficio para esa persona jurídica, además de las sanciones aplicables a los participantes del delito, se impondrá a la persona jurídica una multa de cien mil quetzales (Q 100,000.00) a setecientos cincuenta mil quetzales (Q 750,000.00) o el doble del beneficio obtenido, la que sea mayor, en caso de reincidencia se ordenara la cancelación definitiva de la patente de comercio de esa persona jurídica.

Las personas que de buena fe denuncien los actos mencionados en este artículo, serán protegidas por las autoridades correspondientes, de conformidad con la legislación vigente.”

Este delito fue incluido como parte de las “Reformas Legales para la Implementación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana- Centroamérica- Estados Unidos de América”, en el año de 2006, por lo que es un delito sumamente nuevo en la legislación guatemalteca. Además la tipificación de este delito es una exigencia para los Estados partes que suscribieron y ratificaron la Convención Interamericana contra la Corrupción.

**Sujeto activo:** Este lo constituye cualquier persona que se encuentre sujeta a la jurisdicción guatemalteca.

En este caso el sujeto activo tiene que ser un extranjero o guatemalteco que intente sobornar a un funcionario público de otro Estado o bien de una organización internacional (Naciones Unidas, Organización de los Estados Americanos, etc). El delito regula que el sujeto activo puede actuar directa o indirectamente, pero de igual manera se le imputará como autor del delito. De igual manera sanciona la complicidad en el delito con una pena rebajada en una tercera parte.

Por otro lado, regula la participación de una persona jurídica en las actividades descritas que actúan a través de personas individuales pero que se benefician del delito, sancionándolas con multa y en caso de reincidencia con la cancelación definitiva de la patente de comercio.

**Sujeto pasivo:** Este lo constituye el Estado en donde labore el funcionario público a quien se intenta cohechar. Además adquiere relevancia el derecho y la cooperación interestatal, pues este delito demuestra que frente a un acto de corrupción no es afectado solamente el Estado donde se comete el delito, sino constituye un acto que perjudica al resto del mundo.

**Bien jurídico:** Al igual que en los delitos de cohecho, el bien jurídico es la administración pública, sin embargo en este caso no se protege únicamente la administración pública de un Estado sino de cualquier Estado en donde se cometa el



delito. De igual manera se protege la función de los organismos internacionales por la importancia que estos obtienen en el ámbito internacional.

**Conducta ilícita:** El Artículo establece que la persona debe ofrecer, prometer u otorgar, dádiva o presente, ventajas pecuniarias o de cualquier otra índole, lo que significa que para que el delito se tenga como consumado basta con el ofrecimiento al funcionario público o de un organismo internacional.

En el presente caso el ofrecimiento, la promesa u otorgamiento debe tener como fin que el funcionario actúe o se abstenga de actuar para obtener o retener un negocio u otra ventaja pero siempre de naturaleza económica o comercial.

#### **1.4.4.4. Aceptación ilícita de regalos.**

“Artículo 443. El funcionario o empleado público que aceptare dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas de personas que tuvieren algún asunto pendiente ante él, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de cinco mil a veinticinco mil quetzales.”

**Sujeto activo:** Este lo constituye el funcionario o empleado público. El tipo penal establece que debe recibir el regalo de personas que tuvieren algún asunto pendiente

ante él, por lo que no es necesario que este se encuentre en el ejercicio de sus funciones a diferencia del cohecho pasivo.<sup>39</sup>

**Sujeto pasivo:** El sujeto pasivo lo constituye la administración pública.

**Bien jurídico:** Este al igual que el resto de tipos penales el bien jurídico es la administración pública y el correcto ejercicio de la función pública.

**Conducta ilícita:** Es la aceptación, ya sea de dadas, presentes, ofrecimientos o promesas. Al igual que otras modalidades de cohecho, en esta, la naturaleza de los objetos materiales ha de tener valor patrimonial y no ser, necesariamente, de ilícito comercio.

#### **1.4.4.5. Peculado.**

“Artículo 445. El funcionario o empleado público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga dinero o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, será sancionado con prisión de tres a diez años y multa de quinientos a cinco mil quetzales. Igual sanción se aplicará al funcionario o empleado público que utilizare, en provecho propio, trabajo o servicios pagados con fondos públicos.”

---

<sup>39</sup> Meini, **Ob. cit.** Pág. 40.

**Sujeto activo:** Este lo constituye el funcionario o empleado público. Sin embargo la diferencia en este tipo penal es que este debe de tener a su cargo dinero o efectos públicos. A decir de Fernández y Nadezhda, “el tipo penal exige que el agente tenga una competencia funcional específica: la de mantener la integridad del dinero o efectos públicos que tiene bajo su responsabilidad por razón de su cargo, por lo cual, la custodia de los bienes debe estar dispuesta por ley, reglamento o autoridad competente”.<sup>40</sup>

**Sujeto pasivo:** El sujeto pasivo es el Estado, ya que se ve afectado en el correcto ejercicio de la administración pública.

**Bien jurídico tutelado:** Este es la administración pública. Sin embargo en el caso específico del peculado, se protege el correcto desempeño de la función pública en cuanto a la administración de los dineros o efectos que el funcionario o empleado público tiene a su cargo.

A decir de Meini, “es, pues, un delito que consiste en la infracción de un deber funcional que obliga al funcionario o empleado público a velar por el correcto uso, utilización y aplicación de aquellos bienes cuya administración, percepción o custodia le han sido asignados por razón de su cargo”.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup>Meini, **Ob. Cit.** Pág. 163.

<sup>41</sup>Meini, **Ob. Cit.** Pág. 41

Algunos autores sostienen que el bien jurídico es el patrimonio del Estado, sin embargo al encontrarse dentro del título de delitos contra la administración pública, se afirma que no es necesario que el patrimonio se vea afectado, sino la protección al correcto desempeño de la función pública y el deber de los funcionarios y empleados públicos a administrar correctamente los bienes estatales que le han sido encomendados.

**Conducta ilícita:** El Artículo 445 regula tres actos considerados ilícitos, el primero se rige por el verbo **sustraer**. De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, apartar, separar, extraer<sup>42</sup>. Esto quiere decir que el funcionario público aparta, separa o sustrae dinero o efectos públicos. Para Meini, sustraer, “denota el acto en virtud del cual el funcionario o empleado público detrae de la esfera de disposición del Estado el bien”.<sup>43</sup>

Lo anterior significa que no es necesario que el sujeto activo incorpore a su esfera o a la de un tercero la disponibilidad del bien, sino solamente que el Estado no pueda disponer del bien.

La segunda acción es el **consentimiento** del funcionario o empleado público para que otra persona sustraiga dinero o efectos públicos. Esta es una acción por omisión, ya que el sujeto activo a sabiendas de las obligaciones que el ejercicio de la función pública trae consigo, acepta que el sujeto extraneus desprovea al Estado de la

---

<sup>42</sup>Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición. Consulta electrónica el 23 de mayo de 2011.

<sup>43</sup>Meini, **Ob.Cit.** Pág. 45.

disponibilidad del bien. En este caso el sujeto mencionado no podrá ser considerado como el autor del delito de peculado, pues no posee la calidad especial que el tipo penal requiere, por lo que el funcionario o empleado público que permitió la sustracción responderá como autor.

La tercera acción establecida es, la **utilización** en provecho propio del trabajo o servicios pagados con fondos públicos, conocido como **peculado de uso**. “La acción consiste en utilizar las labores y servicios del Estado para actos de interés personal, haciendo uso de las mismas como si fuera el propietario, pagando con fondos de la administración pública”.<sup>44</sup>

#### **1.4.4.6. Malversación.**

“Artículo 447. El funcionario o empleado público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados, será sancionado con multa de quinientos a cinco mil quetzales.

La sanción señalada se aumentará al doble, si a consecuencia de la malversación resultare daño o entorpecimiento del servicio a que los caudales o efectos estuvieren consignados.”

---

<sup>44</sup> Ramírez Fernández, William. Vásquez Cucho, Nadezhda. **Ob. Cit.** Pág. 167.



**Sujeto activo:** Lo constituye el funcionario o empleado público que tiene a su cargo y bajo su responsabilidad la administración de caudales o efectos públicos que constituyan el objeto del delito.

**Sujeto pasivo:** Este lo constituye el Estado a través de la administración pública.

**Bien jurídico tutelado:** Este lo constituye la administración pública en general. En específico se refiere a las obligaciones del funcionario o empleado público como leal y fiel administrador estatal.

Según Meini, cuando se hace referencia a la administración estatal leal y fiel, “no se piensa en términos morales o éticos, sino en términos jurídicos: una administración estatal leal y fiel es aquella que se ejerce respetando y observando los principios jurídicos que inspiran la actividad pública, a saber, probidad, oportunidad y proporcionalidad en el cumplimiento de los encargos asumidos”.<sup>45</sup>

**Conducta ilícita:** La acción prevista es que el funcionario o empleado público de a los caudales o efectos que administre una aplicación diferente para la que están destinados. Se debe entender como caudales o efectos, “cualquier objeto o cosa mueble, dinero, efectos negociables, etc., que tengan un valor económico apreciable”.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup>Meini, **Ob. Cit.** Pág. 53.

<sup>46</sup>Ibid. Pág. 172.

A diferencia de los delitos de peculado, en este el autor no obtiene ningún beneficio económico porque no se afecta económicamente al Estado, por lo que únicamente se regula la acción de dar un uso distinto a los fondos o bienes para lo cual estaban destinados.

Como se mencionó anteriormente algunos autores no consideran como parte de los caudales o efectos los bienes inmuebles, sin embargo otros opinan que si pueden formar parte de los bienes objeto del delito, posición que se comparte en esta investigación, pues un funcionario o empleado público encargado de administrar un bien inmueble puede darle un uso diferente para el que fue destinado, por ejemplo, que quien tenga a su cargo la administración de un local permita que se celebren fiestas en él.

El tipo penal regula una agravante, cuando a consecuencia de la malversación resultare daño o entorpecimiento del servicio a que los caudales o efectos estuvieren consignados, sancionándolo con el doble de la pena. Continuando con el ejemplo anterior, como consecuencia de las fiestas, el bien inmueble sufre daños que disminuyen la calidad del servicio para el cual fue destinado.

#### **1.4.4.7. Conclusión.**

“Artículo 449. Cometén el delito de concusión:

1. El funcionario o empleado público que, directa o indirectamente o por actos simulados, se interesare en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo. Esta disposición es aplicable a los árbitros, peritos, contadores, tutores, albaceas y síndicos, con respecto a las funciones que como tales desempeñen.

2. El funcionario o empleado público que, con propósito de lucro, interponga su influencia para obtener una resolución de cualquier autoridad, o dictamen que debe pronunciarse ante la misma.

Los responsables serán sancionados con prisión de dos a seis años y multa de cinco mil a veinticinco mil quetzales.”

El tipo penal regula dos conductas (numerales 1 y 2) que aunque son similares, contienen elementos particulares, los cuales serán analizados a continuación:

**Sujeto activo:** En el caso del numeral uno, el sujeto activo lo constituye el funcionario o empleado público que tiene dentro de sus competencias intervenir en determinado contrato u operación. Además se amplía el reconocimiento de sujetos activos a otros cargos que por la naturaleza e importancia de su cargo pueden ser considerados como autores del delito, tal es el caso de árbitros, peritos, contadores, tutores, albaceas y síndicos.

En el numeral dos, el sujeto activo lo constituye cualquier funcionario o empleado público que utilice su influencia para que otro resuelva o dictamine de forma parcial. Algunos autores agregan que en este caso el sujeto activo debe de tener suficiente autoridad para influenciar en la decisión.<sup>47</sup>

**Sujeto pasivo:** Este lo constituye en el primer caso, la persona natural o jurídica perjudicada con la decisión tomada en el contrato u operación, y, en el segundo la persona damnificada por la resolución o dictamen.

**Bien jurídico tutelado:** Algunos autores señalan que el bien jurídico protegido en este delito es la fidelidad funcional en contratos y operaciones realizados entre la administración pública y terceros.<sup>48</sup> Meini, afirma que se protege los deberes de probidad que debe de guardar el funcionario o empleado público, deberes que lo obligan a velar única y exclusivamente, y también de manera excluyente, por los intereses del Estado.<sup>49</sup>

Aunque la posición de Meini es adecuada, es necesario agregar que la tipificación de este tipo de delitos también pretende resguardar el principio de transparencia en la administración pública, garantizado a los gobernados procesos abiertos y competitivos, que contribuyan al bienestar de las mayorías.

---

<sup>47</sup>Ibid. Pág. 181.

<sup>48</sup>Ramírez Fernández, William. Vásquez Cucho, Nadezhda. **Ob. Cit.** Pág. 180.

<sup>49</sup>Meini, **Ob. Cit.** Pág. 60.

**Conducta ilícita:** En este apartado es necesario abordar las dos acciones tipificadas.

En el numeral uno, la conducta prohibida consiste en que el funcionario o empleado público muestre interés en un contrato u operación en el que debe de intervenir por razón de su cargo. La palabra interés podría presentar confusión, ya que todo funcionario debe de guardar interés por los contratos u operaciones que le sean encomendados. La Real Academia Española define interés como “inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc.”<sup>50</sup>, con lo que se podría considerar que en el presente caso debe de interpretarse como la inclinación del funcionario o empleado hacia un contrato u operación que no necesariamente represente un beneficio para el Estado, sino para él mismo o un tercero.

La conducta puede realizarse directa, es decir el propio funcionario o empleado público, indirectamente, utilizando un intermediario, o bien, con actos simulados, es decir representado o fingiendo algo que no es la realidad. En el caso del intermediario el autor continuará siendo el sujeto que ostente la calidad especial requerida, que en el presente caso es el funcionario o empleado público que tenga dentro de sus atribuciones intervenir en un contrato u operación.

El numeral dos, establece como conducta prohibida que el funcionario o empleado público **interponga su influencia** para obtener una resolución o dictamen. Esta

---

<sup>50</sup>Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición. Consulta electrónica el 27 de mayo de 2011.



conducta implica que el autor la realice con ánimo de lucro, es decir que obtenga un beneficio personal.

En la mayoría de legislaciones esta conducta ha sido regulada como tráfico de influencias. De conformidad con la Real Academia Española significa, “utilización abusiva de la posición social o política con el fin de conseguir beneficios o ventajas”.<sup>51</sup>

#### **1.4.4.8. Fraude.**

“Artículo 450. El funcionario o empleado público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contratos, ajustes, o liquidaciones de efectos de haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, será sancionado con prisión de uno a cuatro años.”

**Sujeto activo:** Lo constituye el funcionario o empleado público que por razón de su cargo debe intervenir en comisiones de suministros, contratos, ajustes, o liquidaciones de efectos de haberes públicos. Es un delito especial.

**Sujeto pasivo:** Es el Estado en forma general. Sin embargo en forma particular lo constituyen el resto de personas naturales o jurídicas que participan en los procesos

---

<sup>51</sup>Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición. Consulta electrónica el 27 de mayo de 2011.

de comisiones de suministros, contratos, ajustes, o liquidaciones de efectos de haberes públicos.

**Bien jurídico tutelado:** Este lo constituye la administración pública, entendida como en el resto de delitos contra la administración pública y el deber de lealtad que tiene todo funcionario o empleado público. Sin embargo existen características particulares del delito que cobran relevancia en la protección del Estado.<sup>52</sup>

Para algunos autores, el bien jurídico tiene una estrecha relación con la protección de libertad de competencia, pues el funcionario en el momento que se colude con un tercero para defraudar, atenta contra el derechos del resto de concursantes a competir como proveedor del Estado en igualdad de condiciones.

Además se protege el patrimonio del Estado, pues si bien no es necesaria la afectación patrimonial para que el delito sea consumado, el solo hecho de planificarlo constituye una desprotección para los bienes del Estado.

**Conducta ilícita:** La acción prevista es la intervención en alguna comisión de suministros, contratos, ajustes, o liquidaciones de efectos de haberes públicos, concertándose con los interesados o especuladores para defraudar al Estado.

---

<sup>52</sup>Meini, **Ob. Cit.** Pág. 66

En esta conducta es necesario profundizar en tres verbos: Primero, **intervenir**, tomar parte en un asunto, dicho de una persona, interponer su autoridad, interceder o mediar por alguien. Segundo, **concertar**, pactar, ajustar, tratar, acordar un negocio, y tercero, **fraude**, acto tendiente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros.

Este delito se diferencia del de concusión en dos aspectos, uno, solo puede ser cometido por comisión de suministros, contratos, ajustes, o liquidaciones de efectos de haberes públicos, es decir que se excluyen otro tipo de actos, como la licitación, cotización, entre otros. Dos, la concertación con los interesados o especuladores tiene que tener como objetivo la defraudación del Estado, aunque esta no se concrete.

#### **1.4.4.9. Exacciones ilegales.**

“Artículo 451. El funcionario o empleado público que exigiere contribución, impuesto, tasa o arbitrio ilegal o mayores de los que correspondan, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de cincuenta a trescientos quetzales.

Si el funcionario o empleado público convirtiere en provecho propio o de tercero el producto de las exacciones expresadas en el párrafo que precede, las sanciones señaladas se aumentarán al doble.”



**Sujeto activo:** El autor es el funcionario o empleado público que tiene dentro de sus atribuciones la recaudación y/o administración de contribuciones, impuestos, tasas o arbitrios. Según Meini, también es considerado autor “aquel que sin tener la facultad especial de cobrar o recaudar, su cargo está vinculado con la recaudación de fondos por parte del público”.<sup>53</sup>

**Sujeto pasivo:** Lo constituye la persona natural o jurídica que le es exigido pagar la suma de dinero. También puede ser otro funcionario o empleado público.

**Bien jurídico tutelado:** El delito protege no solo los deberes funcionariales del funcionario o empleado público, sino el abuso del cargo del funcionario o empleado público de exigir el pago de un tributo inexistente o ilegal.

Además, según Meini, también se protege el principio de legalidad que rige a los impuestos, tasas y arbitrios, en el sentido que deben de estar previamente establecidos y solo deben cobrarse las cantidades correctas y valiéndose de los medio previstos por la ley.<sup>54</sup>

**Conducta ilícita:** El verbo necesario en este caso es **exigir**, que de conformidad con la Real Academia Española, significa, “cobrar, percibir por autoridad pública dinero u

---

<sup>53</sup>Ibid. Pág. 67.

<sup>54</sup>Ibid. Pág. 68.

otra cosa”<sup>55</sup>, no siendo necesario que el particular pague, lo que lo convierte en un delito de mera actividad y no de resultado.

El delito prevé dos circunstancias, la primera que el funcionario o empleado público exija una contribución, impuesto, tasa o arbitrio que no tienen fundamento legal y por lo tanto es ilegal. La segunda que la contribución, impuesto, tasa o arbitrio sea legal, es decir este fundamentada en ley, pero que el requerimiento de cobro sea de una cantidad mayor a la establecida.

Por tratarse de un delito doloso, es necesario que el autor prevea y este consciente del cobro excesivo que realiza, por lo que un error en el cálculo no da lugar a la comisión del delito.

En el segundo párrafo del Artículo 451, se establece una agravante del delito, cuando el funcionario o empleado público convierte en provecho propio o de tercero el producto de las exacciones.

La conducta establecida en el párrafo anterior podría confundirse con el delito de peculado, pero para Meini, la diferencia radica en que en el peculado el funcionario sustrae bienes que administra por razón de su cargo, mientras que en la exacción con

---

<sup>55</sup>Diccionario de la lengua española. Consulta electrónica el 02 de junio de 2011.



agravante, el sujeto convierte en provecho propio montos que no han ingresado a las arcas del Estado.<sup>56</sup>

#### **1.4.5. Delitos que aun no han sido regulados según compromisos Internacionales**

Para el efectivo combate contra la corrupción en materia de sanciones, el Estado de Guatemala aún no ha tipificado como delito, determinadas conductas que constituyen actos de corrupción y que además se ha comprometido a legislar al haber ratificado las diferentes convenciones anticorrupción, como la Convención Interamericana y la de Naciones Unidas contra la Corrupción.

Entre estos delitos se encuentran el tráfico de influencias y el enriquecimiento ilícito, entre otros. Este último ocupará la atención de esta investigación.

---

<sup>56</sup>Ibid. Pág. 70.

## CAPÍTULO II

### 2. Del delito de enriquecimiento ilícito

Como se especificó en el apartado 1.2 la problemática de la corrupción trae consigo problemas trascendentales para las sociedades. En los últimos años Guatemala ha sido objeto de escándalos por actos de corrupción cometidos en muchos casos por altos funcionarios de gobierno, acusándoles de incrementar su patrimonio de diversas maneras. El caso más relevante es el proceso penal contra el Ex Presidente de la República, Alfonso Portillo, y dos Ex Ministros de Estado, acusados del delito de peculado por la suma de Q. 120 millones del Ministerio de la Defensa Nacional en el año 2001. Dicho caso obtuvo sentencia absolutoria en el mes de mayo de 2011 argumentando que no se presentaron las pruebas necesarias para demostrar la participación de los ex funcionarios en el ilícito.

Sin embargo, debido a que los actos relacionados con corrupción se cometen dentro de la mayor opacidad, utilizando artificios y el involucramiento de terceros como testaferros o el traslado de ganancias ilícitas que ha sido objeto de blanqueo de dinero o de bienes colocados en los países conocidos como paraísos financieros (Suiza y Panamá), significa un serio problema para las autoridades encargadas de la persecución penal, ya que contar con pruebas claras y pertinentes sobre los actos de corrupción es sumamente difícil. Sin embargo aunque las autoridades no cuentan con información sobre el origen de los fondos, éstos no pueden ser explicados a través de las ganancias lícitas de los funcionarios públicos. Por ejemplo, un funcionario público

que percibe un salario anual de aproximadamente 100 mil quetzales, es prácticamente imposible que pueda comprar al contado una casa de un 1 millón de quetzales, sin que exista una justificación razonable y comprobable.

Ello ha motivado intensos debates técnicos y jurídicos sobre la posibilidad de crear mecanismos que faciliten la detección y persecución de los delitos relacionados con corrupción, medidas de carácter preventivo y de sanción.

El enriquecimiento ilícito forma parte de estos mecanismos que el Estado de Guatemala se comprometió a adoptar y fortalecer como parte de sus políticas anti corrupción. En materia preventiva es regulado en la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos a través del sistema de declaraciones juradas patrimoniales, el cual será abordado en el siguiente apartado. En materia de sanción aún no se encuentra regulado dentro del ordenamiento jurídico interno, a pesar que existe un dictamen favorable por parte de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso de la República a tres iniciativas de ley que abordan el tema, se percibe cada vez más lejana la aprobación por parte del pleno del Congreso, tal y como lo establece una nota periodística titulada: “Engavetada ley contra el enriquecimiento ilícito”, en la cual se relata “La aprobación de la iniciativa de ley contra el enriquecimiento ilícito, cuyo dictamen favorable se emitió en diciembre del 2008, no ha sido puesta en agenda por los jefes de bloque”.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Congreso entrapa ley contra riqueza ilegal. Pág. 2. Prensa Libre (Guatemala). (Lunes 17 de mayo de 2010).

## **2.1. Sistema de declaraciones patrimoniales como medio de detección del enriquecimiento ilícito**

Los sistemas de declaraciones patrimoniales constituyen un aspecto importante en la prevención de la corrupción, pero de igual manera son un elemento clave en la detección y comprobación de ilícitos penales, sobre todo el enriquecimiento ilícito.

Este sistema se encuentra regulado en la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos, decreto 89-2002, del Congreso de la República, cuyo objeto es:

**“Artículo 1. Objeto de la ley.** La presente Ley tiene por objeto crear normas y procedimientos para transparentar el ejercicio de la administración pública y asegurar la observancia estricta de los preceptos constitucionales y legales en el ejercicio de las funciones públicas estatales, evitar el desvío de los recursos, bienes, fondos y valores públicos en perjuicio de los intereses del Estado; establecer los mecanismos de control patrimonial de los funcionarios y empleados públicos durante el ejercicio de sus cargos, y prevenir el aprovechamiento personal o cualquier forma de enriquecimiento ilícito de las personas al servicio del Estado y de otras personas individuales o jurídicas que manejen, administren, custodien, recauden e inviertan fondos a valores públicos, determinando la responsabilidad en que incurran.”

Dicha ley regula el sistema de declaraciones patrimoniales, estableciendo la obligación de determinados funcionarios y empleados públicos de presentar la declaración de bienes, derechos y obligaciones, bajo juramento, ante la Contraloría General de Cuentas, al iniciar el ejercicio del cargo y al finalizar el mismo. Además regula lo relativo a la comprobación, las ampliaciones y la comprobación por cese del cargo, todo a cargo del Subcontralor de Probidad.

Diversos Artículos de la Ley, regulan lo relativo al enriquecimiento ilícito, dentro de los cuales están:

**“Artículo 16. Impedimentos para optar a cargos y empleos públicos.** No podrán optar al desempeño de cargo o empleo público quienes tengan impedimento de conformidad con leyes específicas y en ningún caso quienes no demuestren fehacientemente los méritos de capacidad, idoneidad y honradez.

Tampoco podrán optar a ningún cargo o empleo público:

(...) e) Quienes hubieren sido condenados por los delitos de enriquecimiento ilícito, narcotráfico, secuestro, asesinato, defraudación tributaria, contrabando, falsedad, aprobación indebida, robo, hurto, estafa, prevaricato, alzamiento de bienes, violación de secretos, delitos contra la salud, delitos contra el orden institucional, delitos contra el orden público, delitos contra la administración pública, delitos de cohecho, delitos de peculado y malversación, delitos de negociaciones ilícitas, aún cuando fueren penados

únicamente con multa, en tanto no hayan cumplido las penas correspondientes y en ningún caso mientras no transcurran cinco años de ocurrido el hecho;”

“**Artículo 29. De la comprobación por cesación en el cargo.** Al presentarse la declaración jurada patrimonial, por cese en el desempeño de cargo o empleo, la Contraloría General de Cuentas de la Nación, efectuará el estudio comparativo del activo y pasivo que el obligado haya incluido en sus diversas declaraciones, a fin de establecer si existe o no **enriquecimiento ilícito** (el resaltado no aparece en el texto original) u otro acto que pudiera ser constitutivo de responsabilidad de acuerdo con la ley.”

Sin embargo a pesar que la Ley regula lo relativo a la prevención del enriquecimiento ilícito y a la obligación de la Contraloría General de Cuentas a verificar la existencia de dicho delito, no existen sanciones a imponer, pues dicha ley no encuentra armonía con el Código Penal.

Otro aspecto importante es lo referente a la falta de aplicación de las normas relativas a la presentación, verificación, comparación y sanción de las declaraciones juradas patrimoniales. Un estudio denominado “Diagnostico del sistema de declaraciones juradas patrimoniales en Guatemala”<sup>58</sup> establece que el porcentaje de declaraciones verificadas de contenido o comprobaciones de veracidad es de 1,5% en el caso del ingreso y de 15,9% en el caso de egreso de febrero de 2003 al 2005, y de 0% de

---

<sup>58</sup>Coalición por la transparencia. Diagnostico del sistema de declaraciones juradas patrimoniales en Guatemala. Guatemala. Octubre 2006.

enero a junio de 2006. Además la cantidad de casos de declaraciones de ingreso y de egreso cotejadas o comparadas durante los años 2003, 2004, 2005 es de 0, mientras que en el 2006 se compararon 67 casos sin haberse verificado la veracidad de la información consignada en esas declaraciones.

Lo anterior representa un serio obstáculo en la prevención de la corrupción en Guatemala, pues no existen un sistema eficiente de verificación, comprobación y cotejo de las declaraciones juradas patrimoniales. Además al momento de incluir en la legislación penal el enriquecimiento ilícito como delito, dichos instrumentos son altamente útiles para comprobar la existencia del delito.

## **2.2. Regulación en el derecho comparado del delito de enriquecimiento ilícito, como medida sancionatoria.**

Existen diversas formas en que las legislaciones latinoamericanas regulan el delito de enriquecimiento ilícito, es decir que no siempre la conducta prohibida, el carácter subsidiario del delito, entre otros, recibe el mismo tratamiento. Por ello a continuación se analizarán las legislaciones que regulan el delito de enriquecimiento ilícito de seis países de Latinoamérica:

a) **República de Costa Rica**

La Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, cuya vigencia inició en el año 2004, regula:

**“Artículo 45. Enriquecimiento Ilícito:** Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interpósita persona física o jurídica, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecte su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas.

El ilícito regulado por el solo hecho de incluirlo en la Ley mencionada, se puede deducir que es considerado como un acto de corrupción. Este establece la conducta prohibida en el aumento patrimonial, pero también regula conductas como la adquisición de bienes, goce de derechos, cancelación de deudas y extinción de obligaciones.”

Incluye aspectos novedosos tales como, la ampliación de criterios para el sujeto activo, pues no regula únicamente al funcionario público tradicional sino a quién se aproveche de la custodia, explotación, uso o administración de fondos o bienes públicos bajo



cualquier modalidad de contrato. Otro aspecto novedoso es que incluye a las personas jurídicas que sean beneficiadas con el producto del delito o bien que contribuyan con el sujeto activo natural.

#### **b) Estados Unidos Mexicanos**

El decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de enero de 1983, incluyó en el Artículo 224 del Código Penal Federal el delito de la siguiente manera:

**“Artículo 224.** Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Incurrir en responsabilidad penal, asimismo, quien haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiriera o haya adquirido en contravención de lo dispuesto en la misma Ley, a sabiendas de esta circunstancia.

Al que cometa el delito de enriquecimiento ilícito se le impondrán las siguientes sanciones:

Decomiso en beneficio del Estado de aquellos bienes cuya procedencia no se logre acreditar de acuerdo con la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de dos años a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.”

El Código Penal Federal sanciona la conducta de la no acreditación legítima del aumento de patrimonio, en los términos establecidos en el sistema de declaraciones patrimoniales.

Califica como sujeto activo a quien posea un empleo, cargo o comisión en el servicio público y regula la figura del testaferro.

Establece sanciones tales como el decomiso, privación de libertad desde tres meses a catorce años y multa dependiendo el monto al que asciende el enriquecimiento.

**c) República del Perú**

Por medio de la Ley 28355 del 6 de octubre de 2004, que modifica el Código Penal, se reguló el siguiente tipo penal:

**“Artículo 401. Enriquecimiento Ilícito.** El funcionario o servidor público que ilícitamente incremente su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del Artículo 36 del Código Penal.

Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades y organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejucio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del Artículo 36 del Código Penal.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración de bienes y rentas, es notoriamente superior al que



normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.”

La última reforma al delito de enriquecimiento ilícito en Perú establece la conducta prohibida en la no justificación razonable del incremento patrimonial, lo cual puede observarse como una nueva tendencia en las legislaciones.

Además establece una pena mayor para los funcionarios que ocupen altos cargos de dirección o gocen del derecho de antejucio. Esto supone que los legisladores peruanos consideraron que entre mayor sea el cargo dentro una institución mayor es el daño que se ocasiona a la administración pública, por transgredir el correcto desempeño de su función.

El último párrafo del Artículo establece la forma en que deberá obtenerse el indicio del delito, a través de la declaración patrimonial de los funcionarios, lo cual muestra sin duda la importancia que esta tiene dentro de la administración pública.

#### **d) República de Colombia**

Mediante la Ley 599 del año 2000 (Nuevo Código Penal) se tipificó una nueva concepción del delito de enriquecimiento ilícito y por medio del Artículo 14 de la Ley 890 del año 2004, fue aumentada la pena, quedando de la siguiente manera:



**“Artículo 412. Enriquecimiento ilícito.** El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50,000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses.”

El Código Penal Colombiano coloca como autor del delito no solo al funcionario o servidor público sino a quien desempeñe funciones públicas, es decir que independientemente del cargo que ocupen lo que interesa para el derecho penal es las acciones que realicen. Además coloca un límite para la comisión del delito y esto es desde que se inició la vinculación con la administración pública y hasta dos años después de la desvinculación.

Un aspecto interesante de la figura en la legislación colombiana es que establece al enriquecimiento ilícito como una figura subsidiaria en el Derecho Penal. Particularidad del delito que será abordada posteriormente.

e) **República de El Salvador**

A partir de la entrada en vigencia del Código Penal en el año 1974, se incluye el delito de enriquecimiento ilícito de la siguiente manera:

**“Artículo 333.** El funcionario, autoridad pública, o empleado, que con ocasión del cargo o de sus funciones obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años.

En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para simular el incremento patrimonial no justificado.

En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por el mismo tiempo.”

Se sanciona específicamente al funcionario, autoridad o empleado público. Establece la misma pena para la persona interpuesta como simulador.

La conducta prohibida al igual que la mayoría de legislaciones analizadas es el incremento patrimonial sin justificación.

Un aspecto relevante de la legislación Salvadoreña es el rango constitucional que se otorga al enriquecimiento ilícito, pues el Artículo 240 de la Constitución de la República de El Salvador desarrolla el tema y establece aspectos como los siguientes: a) el



aumento patrimonial debe ser notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener con sus ingresos legítimos; b) Se consideran en conjunto el patrimonio del funcionario o empleado, el de su cónyuge e hijos; c) Regula la obligatoriedad de la declaración patrimonial al inicio y al cese de la función pública.

**f) República de Argentina**

La República de Argentina incluyó dentro de su legislación el delito de enriquecimiento ilícito desde el año 1964, sin embargo este fue modificado en el año 1999 por la Ley 25.188, “Ley de Ética en la Función Pública”, quedando de la siguiente manera:

**“Artículo 268 (2).** Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.



La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.”

El sujeto activo regulado en la legislación argentina lo constituye cualquier persona que asume un cargo o empleo público, no limitándolo a que deba existir la formalidad de determinado contrato. Además sanciona con la misma pena a la persona que sirva como testaferro para disimular el enriquecimiento.

El plazo establecido para cometer el delito es a partir del momento en que se asume el cargo o empleo y hasta dos años después de haberlo cesado.

La conducta prohibida es la no justificación de la procedencia de un enriquecimiento patrimonial. Además establece una definición de lo que debe entenderse por enriquecimiento, no limitándolo únicamente a dinero sino también a la cancelación de deudas y extinción de obligaciones.

## CAPÍTULO III

### 3. Elementos estructurales del tipo penal de enriquecimiento ilícito.

#### 3.1 Elementos objetivos

##### 3.1.1 El funcionario o servidor público como sujeto activo

Los delitos contra la administración no son cometidos únicamente por funcionarios o servidores públicos, sino también por particulares. Por tal motivo el Código Penal de Guatemala en el título XIII “de los delitos contra la administración pública”, divide estos en dos capítulos: los cometidos por particulares y los cometidos por funcionarios o empleados públicos.

En base a lo regulado por la doctrina y la legislación comparada, se puede establecer que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito de carácter **especial**, ya que exige que el autor sea un funcionario o servidor público. “Se trata de un delito especial en sentido estricto o propio; donde el círculo de autores está determinado por la ley, en virtud de que la conducta del autor conlleva necesariamente la infracción de un deber jurídico específico”.<sup>59</sup>

Como se mencionó anteriormente, el problema radica en precisar quién es considerado funcionario o empleado público. Un estudio elaborado por la Universidad Rafael Landívar, en el marco de un proyecto de cooperación técnica para la ratificación e implementación de la CICC, establece: “La legislación interna presenta confusiones

---

<sup>59</sup>Todarello, **Ob. Cit.** Pág. 303.

en su terminología: la Constitución establece tres categorías de servidor público: dignatarios de la nación (diputados al Congreso); funcionarios públicos y trabajador del Estado; para los efectos de responsabilidad penal, el Código Penal contiene en sus disposiciones generales, Artículo 1 inciso 2 las definiciones de empleado público y funcionario público. Este último incluye aquel que, por disposición de la ley, por elección popular o legítimo nombramiento, ejerce cargo o mando, jurisdicción o representación, de carácter oficial. Por empleado público quien, sin facultades legales de propia determinación, realiza o ejecuta lo que se le manda, o desempeña labores de agente o guardián de orden público. Estas disposiciones son ambiguas para definir las calidades del autor que ejerce funciones públicas, pues no queda claro lo relacionado con consultorías puntuales, organismos descentralizados y empresas mixtas donde prevalece el interés del Estado.”<sup>60</sup>

Lo importante es que para efectos de persecución penal debe de acudirse a un concepto de funcionario o empleado público mucho más amplio que el tradicional en derecho administrativo. Inmaculada Valeije indica, “El legislador le indica al juez que debe dejar de lado la idea de que sólo los funcionarios públicos administrativos pueden realizar los delitos que dentro del C.P. reclaman como sujeto activo o pasivo a un funcionario público, y que por lo tanto, debe incluir dentro de aquel concepto a otros

---

<sup>60</sup>Universidad Rafael Landívar. Adaptando la Legislación Penal de Guatemala a la Convención Interamericana contra la corrupción. <http://www.oas.org/juridico/spanish/agendas/guateprelim.htm>. Consultado el 25 de agosto de 2011.

sujetos que estando a disposición del Estado tienen a su cargo el ejercicio de funciones o servicios públicos”.<sup>61</sup>

El Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento a la Convención Interamericana contra la Corrupción, en el Informe final de evaluación a Guatemala correspondiente a la segunda ronda de análisis, emitió recomendaciones respecto a adecuar los delitos calificados como actos de corrupción y que regulan como autor a un funcionario o empleado público, incluir “a una persona que ejerza funciones públicas”.<sup>62</sup> Esta es una solución adecuada para ampliar el universo de personas que puedan ser consideradas como autores del delito, ya que no limita la calidad a un nombramiento formal sino lo extiende a la finalidad del ejercicio de la función pública.

Es necesario recordar que, tal como se mencionó anteriormente, el Artículo I de la CICC precisa y amplía el concepto de funcionario público, y siendo esta ley vigente en Guatemala, es válido tomar dicha definición para determinar quién es el autor de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios o empleados públicos. Meini establece que el Artículo I de la CICC es considerado una las cláusulas autoaplicativas, es decir que “son aquellas que contienen los tratados, pactos o convenciones internacionales que contienen definiciones y precisiones terminológicas que no requieren de ningún acto legislativo para que tengan vigencia”.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup>Caro Coria, Dino Carlos. **Delitos de Tráfico de Influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir, Aspectos sustantivos y procesales.** Pág. 157.

<sup>62</sup> Décimo Tercera Reunión del Comité de Expertos. “**República de Guatemala, Informe final, (Aprobado en la sesión plenaria del 27 de junio de 2008).**”Pág. 42

<sup>63</sup>Meini, **Ob. Cit.** Pág. 16.

### 3.1.2 El Estado como sujeto pasivo

Existe un consenso en incluir el delito de enriquecimiento ilícito en los códigos penales, específicamente en el apartado de los delitos contra la administración pública. Significa que es el Estado el único ente que puede ser regulado como sujeto pasivo del delito de enriquecimiento ilícito.

Caro Coria indica, “Se acepta en general que el Estado, en tanto titular de los bienes afectados a través de los delitos contra la administración pública, es el sujeto pasivo del delito de enriquecimiento ilícito”.<sup>64</sup>

Algunos autores dicen que en algunos casos los particulares podrían reclamar ser sujetos pasivos en el delito de enriquecimiento ilícito,<sup>65</sup> situación que no podría aceptarse, pues de lo contrario no se aceptaría que es el Estado el único titular de la administración pública, mientras que el perjuicio particular podría dilucidarse mediante un juicio civil.

### 3.1.3 El bien jurídico tutelado

Siempre que se aborda el tema de los bienes que El Estado pretende tutelar en los delitos contra la administración pública, se hace referencia a una serie de criterios antiguos que relacionaban este tipo de delitos con el mantenimiento y preservación de

---

<sup>64</sup>Ibid. Pág. 183.

<sup>65</sup>Rojas Vargas, Fidel. **Delitos contra la Administración Pública**. Pág. 856

ciertas conductas morales que el funcionario público debe guardar, lo que lleva a establecer una serie de conceptos difusos.

A decir de Buompadre, “se cautela la decencia administrativa y la salud de los negocios públicos”<sup>66</sup>.

Gálvez Villegas considera que “a través de la tipificación de este ilícito, se protege específicamente ciertos aspectos o componentes de la Administración Pública y no a todos sus componentes (...) es más adecuado considerar, específicamente como bien jurídico u objeto de protección de este tipo penal, la funcionalidad, *el prestigio, dignidad y confianza de la función pública*; la que comprende a su vez, a la actuación de los agentes que la integran, pues, aún cuando la depositaria de la función pública es la Administración en cuanto órgano o entidad, la función pública va a ser ejercitada a través de sus integrantes, y por tanto, la actuación de éstos será la que determine a fin de cuentas, *el prestigio de la Administración.*”<sup>67</sup>

Este tipo de argumentos para definir el bien jurídico tutelado en los delitos contra la administración pública ha perdido relevancia, por incluir aspectos subjetivos y de carácter moral que no pueden ser sancionados por el derecho penal.

Carlos Creus, afirma que “el bien jurídico que se pretende tutelar es el interés social de toda la comunidad en torno a que sus funcionarios o empleados públicos no

---

<sup>66</sup> Caro Coria, Dino Carlos. **Ob. Cit.** Pág. 124.

<sup>67</sup> *Ibid.* Pág. 125.

corrompan la función pública y que justifiquen su enriquecimiento al ser requeridos, como una exigencia no sólo legal, sino social”.<sup>68</sup>

Todarrello afirma: “la jurisprudencia ha señalado que la administración pública no es estrictamente el bien jurídico, sino que su concepto gira en torno de intereses sociales e individuales respecto del desenvolvimiento de la función pública”.<sup>69</sup>

Las afirmaciones de Creus y Todarrello parecen ser más adecuadas en cuanto al bien jurídico tutelado en el delito de enriquecimiento ilícito, pues si bien este es la administración pública, esta debe de ser considerada como el conjunto de cualidades, atribuciones y conductas exigidas al funcionario para el correcto ejercicio de la función pública, cuya transgresión repercute en los intereses sociales de la comunidad.

Por último es importante agregar que dentro de las conductas exigidas a los funcionarios públicos se encuentra el principio de transparencia en la gestión pública, la cual se quebranta al no justificar la procedencia de un aumento patrimonial excesivo, por lo que el tipo penal de enriquecimiento ilícito reprime esta violación a un principio que es su obligación atender.

---

<sup>68</sup>Todarrello, **Ob. Cit.** Pág. 291.

<sup>69</sup>Ibid.

### 3.1.4 La conducta ilícita

Existen varias posturas respecto a la conducta ilícita regulada en el delito de enriquecimiento ilícito y dependerá en gran medida de la redacción del tipo que realice cada código penal, tal y como se puede apreciar en el apartado referente a la legislación comparada.

Todarello hace una adecuada distinción de las posturas que existen, clasificándolas en dos: a) como un delito de omisión y, b) como un delito de acción.<sup>70</sup>

#### 3.1.4.1 Delito de omisión

De acuerdo con esta postura, la acción prohibida por el tipo penal, lo constituye, la no justificación del incremento patrimonial.

De Luca y López Casariego, se adhieren a la postura de que se está frente a un delito de omisión y consideran, refiriéndose al delito regulado en Argentina, “que el delito no consiste en enriquecerse ilícitamente, no solo porque esa conducta activa no está descrita en el artículo (principio de legalidad e interpretación restrictiva) sino porque pese a su precedencia lógica, resta un paso ontológico: el no cumplimiento de justificar la procedencia lícita”.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup>Ibid. Pág. 294.

<sup>71</sup>Ibid. Pág. 297.

El componente de la “no justificación” ha constituido una de la mayores objeciones al delito, pues al regular que es el funcionario quien debe de justificar la procedencia de su incremento patrimonial, se estaría frente a un caso de inversión de la carga de la prueba, lo cual violaría principios fundamentales como la presunción de inocencia, prohibición de declarar contra sí mismo, debido proceso, entre otros. Además hay quienes afirman que se está frente a un delito de mera sospecha.

Para Edgardo Donna la figura es inconstitucional pues afirma que “impone al acusado la obligación procesal de probar el origen legal de su enriquecimiento, por lo que la incriminación parte de una presunción de culpabilidad, invirtiéndose en consecuencia la carga de la prueba”.<sup>72</sup>

Uno de los autores argentinos que aborda el tema de la inconstitucionalidad del tipo penal, precisamente por la conducta ilícita es Marcelo Sancinetti, aduciendo que “resulta violatorio del principio de legalidad, ya que no se determina cuál es el hecho punible, es decir, la conducta prohibida, circunstancia que lesiona también el derecho penal de acto. (...) en este delito el hecho atribuido queda en el aire, sin prueba, pues el origen del incremento patrimonial se encuentra en “algún” hecho ilícito, pero indeterminado”.<sup>73</sup>

Otros autores aducen que no existe la inversión de la carga de la prueba, pues dentro de los deberes del funcionario público se encuentra el de rendición de cuentas, “por

---

<sup>72</sup>Todarello, **Ob. Cit.** Pág. 280.

<sup>73</sup>**Ibid.** Pág. 281.

cuanto es un deber del sujeto público rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos”.<sup>74</sup>

El Diputado al Congreso de la República de Guatemala, Aníbal García, manifiesta que no existe una inversión de la carga de la prueba, por lo tanto no es una figura inconstitucional pues “lo que prevalece como normativa constitucional es el sagrado derecho de defensa el cual no se está lesionando en ningún momento. Todo ciudadano incoado va a ser citado, escuchado y vencido en juicio”.<sup>75</sup> Javier Monterroso, asesor de la Fiscal General de Guatemala, manifiesta que “no es el único delito en la legislación guatemalteca que pareciera que existe inversión de la carga de la prueba, tal es el caso del delito de calumnia en donde el acusado queda exento de responsabilidad si prueba la veracidad de la imputación. Lo que existe entonces es una reinterpretación de los principios penales, ya que la presunción de inocencia se mantiene pues no está siendo condenado, solamente algunos aspectos probatorios recaen en el presunto culpable, pero el ente encargado de la persecución penal tiene la obligación de probar en donde se encuentra el enriquecimiento”.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup>Rojas Vargas, **Ob. Cit.** Pág. 863.

<sup>75</sup>Entrevista realizada a Aníbal García. Abogado. Diputado al Congreso de la República de Guatemala. Guatemala, septiembre 2011.

<sup>76</sup>Entrevista realizada a Javier Monterroso. Abogado. Asesor del Despacho de la Fiscal General de Guatemala y Ex Secretario Privado del Ministerio Público. Octubre 2011.

### 3.1.4.2 Delito de acción

Al considerar el delito de enriquecimiento ilícito como un delito de acción se sostiene que la conducta ilegal consiste en el enriquecimiento desmedido respecto a los ingresos legítimos.

Todarello señala que “quienes interpretan a esta figura como un delito de estructura comisiva sostienen que la acción típica consiste en enriquecerse de manera ilegítima (desproporcionada) con los fondos públicos prevaleciéndose del cargo. De tal modo, la no justificación se convertiría en una condición objetiva de punibilidad a los fines de la sanción”.<sup>77</sup>

Jose Ugaz, Ex Procurador para el caso Fujimori/Montesinos, comenta: “este tipo de delitos no corresponde al Derecho Penal clásico, en cuyos tipos penales se aprecia claramente el disvalor de la acción (comportamiento) y el disvalor del resultado. En este caso estamos frente a un delito de aquellos denominados de peligro abstracto. En este tipo de delitos lo que se sanciona no es la producción de un resultado, sino tan sólo la realización de una acción, en la medida que la misma ponga en peligro al bien jurídico. De ahí que, si consideramos que el objeto de protección es el correcto desempeño de la función pública, entonces no se precisa que se afecte dicho objeto de manera directa, sino que basta su sola puesta en peligro”.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup>Todarello, **Ob. Cit.** Pág. 298

<sup>78</sup> Entrevista realizada a José Carlos Ugaz Sánchez-Moreno. Abogado Penalista y Profesor de Derecho Penal, Ex Procurador para el caso Fujimori/Montesinos. Lima, Perú, febrero de 2011.



La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa “Pico”, estableció a manera de jurisprudencia que “la norma del Artículo 268.2 del Código Penal prevé un delito de comisión, cuya acción es la de enriquecerse patrimonialmente en forma considerable (“apreciable”, dice la Ley) e injustificada durante el ejercicio de un cargo público. El presupuesto básico para iniciar la investigación es la comprobación de ese incremento patrimonial –tanto por aumento del activo como por disminución del pasivo– que no encuentra sustento en los ingresos registrados del agente. Asimismo, se afirmó allí que es condición objetiva de punibilidad la falta de justificación del incremento ante el requerimiento efectuado por la autoridad competente”.<sup>79</sup>

José Ugaz, indica “la conducta que configura el tipo consiste en tener un patrimonio o haber tenido gastos que – en conjunto – superen notoriamente los ingresos que habría obtenido el funcionario público, descontando lo señalado en la declaración de bienes y rentas. La sola tenencia de este patrimonio tiene capacidad de lesionar de forma abstracta al bien jurídico, pues se asume que el funcionario ha tenido estos ingresos como consecuencia de un incorrecto desempeño de la función pública encomendada”.<sup>80</sup>

El establecer el enriquecimiento ilícito como un delito de acción que atenta contra la administración pública y que la conducta prohibida o ilegal es el enriquecimiento, se torna mucho más fácil desvanecer las posturas de inconstitucionalidad de la figura,

---

<sup>79</sup>Todarello, **Ob. Cit.** Pág. 299.

<sup>80</sup>Entrevista realizada a José Carlos Ugaz Sánchez-Moreno. Abogado Penalista y Profesor de Derecho Penal, Ex Procurador para el caso Fujimori/Montesinos. Lima, Perú, febrero de 2011. .

pues la no justificación del aumento del patrimonio constituye una “condición objetiva de punibilidad” y no la acción sancionada.

Según Fontán Balestra, “dicha condición se satisface si el funcionario no justifica el enriquecimiento cuando así le es requerido concretamente”. “Esa misma postura ha sido recogida en diferentes pronunciamientos jurisdiccionales, donde se afirma que con ello se pretende brindar una posibilidad más de defensa a quien es sospechado de haberse enriquecido en forma injustificada. Empero, se ha criticado esta tesis al sostenerse que si el funcionario al ser debidamente requerido decide hacer uso de su derecho constitucional a no declarar, el ejercicio de tal facultad daría lugar a que quede habilitada la penalización de la conducta que se le reprocha. Sin embargo, debe repararse que tal cuestionamiento es superado en la jurisprudencia asignando un alcance diferente a esta condición objetiva de punibilidad. Así, en lugar de sostenerse que ese requisito se materializa si el funcionario no justifica el enriquecimiento cuando le es requerido, se alega que la figura sólo requiere que se formule el “requerimiento de justificación patrimonial”, con independencia de si luego el agente logra o no justificar el enriquecimiento que se advierte en su patrimonio. También se afirma que de ese modo la cláusula del requerimiento constituye una posibilidad más de defensa en garantía del imputado”.<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup>Todarello, *Ob. Cit.* Pág. 300.

## 3.2 Elementos subjetivos

### 3.2.1 El dolo

El Código Penal de Guatemala en el Artículo 11 regula lo referente al delito doloso, definiéndolo de la siguiente manera:

“Artículo 11. Delito doloso. El delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.”

Además, el Artículo 12 regula que los delitos culposos deben de estar expresamente determinados por la ley.<sup>82</sup>

Los diversos autores concluyen que el enriquecimiento ilícito es un delito doloso, sin embargo dependerá de la redacción que se haga del mismo para definir conforme a la conducta ilícita el dolo requerido.

Para Fidel Rojas, “el dolo del enriquecimiento ilícito supone voluntad de enriquecerse ilícitamente, así como conocimiento por parte del sujeto público de la tipicidad de sus

---

<sup>82</sup>Código Penal. Artículo 12, 2º. Párrafo.

actos de aprovechamiento que hace del ejercicio funcional o del prevalimiento de su calidad funcional y del enriquecimiento que está logrando por vías de ilicitud”.<sup>83</sup>

Para Todarello, de igual manera es un delito doloso, sin embargo dependerá de la conducta ilícita que se encuentre tipificada en cada ordenamiento jurídico para establecer el dolo. “Si esta figura se interpreta como un delito de omisión, nos encontramos frente a un claro tipo penal doloso, y el elemento subjetivo estará constituido por el conocimiento por parte del autor de las circunstancias que lo constituyen en sujeto activo, de que se ha producido la situación que genera el deber de justificar el incremento patrimonial apreciable (...). Para aquellos que lo entienden como un delito de acción, el dolo de esta figura exige que el sujeto tenga conocimiento de que desempeña, o ha desempeñado, la función pública y la voluntad de incrementar su situación patrimonial, (...) sabiendo que ello no guarda relación alguna con sus posibilidades legítimas de enriquecimiento”.<sup>84</sup>

Dino Caro manifiesta que un posible problema puede radicar en el tratamiento del error sobre el elemento de valoración global “ilicitud” del enriquecimiento y sobre el elemento normativo condición de funcionario público, colocando el siguiente ejemplo: “En el primer caso, por ejemplo, el funcionario cree que es lícito recibir una dádiva de los empresarios que anteriormente favoreció mediante una resolución legal, incrementando así su patrimonio. También puede ocurrir que el sujeto yerre sobre su condición de funcionario, por ejemplo el ganador de una licitación pública para

---

<sup>83</sup>Rojas Vargas, **Ob. Cit.** Pág. 866.

<sup>84</sup>Todarello, **Ob. Cit.** Pág. 318.

construir una carretera se enriquece indebidamente creyendo que sigue siendo un mero particular”.<sup>85</sup> En ambos casos nos encontramos frente al problema de definir las consecuencias del error, para ello Claus Roxin ha desarrollado la siguiente postura: “el criterio general parte de comprender que el dolo, desde la perspectiva del saber, debe abarcar el conocimiento de la situación social y no de la prohibición jurídica, así cuando el sentido social de la circunstancia del hecho es comprensible aún al margen del conocimiento del concepto jurídico que la caracteriza, las falsas interpretaciones jurídicas o subsunciones erróneas sólo podrían provocar un error de prohibición, dejando intacto el dolo, pero si la errada concepción jurídica impide apreciar el sentido social de la actuación, el error sobre el elemento normativo excluye el dolo”.<sup>86</sup>

### 3.3 Autoría y participación

Como se mencionó anteriormente, el delito de enriquecimiento ilícito es considerado un delito de carácter **especial**, es decir, que solamente puede ser cometido por el sujeto que reúna la calidad determinada por el tipo, siendo en este caso el funcionario o empleado público (intranei), lo cual significa que la persona que no reúna estas calidades (extranei o extraños), no pueden cometer tal delito en calidad de autores.

Sin embargo surge entonces la discusión respecto a la responsabilidad penal que recae sobre el particular (extranei) que colabora con el funcionario o empleado público

---

<sup>85</sup>Caro Coria, Dino Carlos. Ob. Cit. Pág. 224.

<sup>86</sup>Ibid. Pág. 225.

(intrañei) en la comisión de un delito especial como el de enriquecimiento ilícito. Para explicar esto se abordan dos teorías:

La primera, “**la teoría de la unidad del título de imputación**, en virtud de la cual el cómplice responde por el mismo delito que comete el autor. (...) La ventaja de esta teoría radica en que permite la punición del cómplice aun cuando no tenga la calidad especial que exige el tipo penal, en este caso, la de ser funcionario o empleado público”.<sup>87</sup>

La segunda, “**la teoría de la ruptura del título de imputación**, indica que el título (el delito) por el cual responde el autor no será el mismo por el cual responderá el cómplice, pues según esta teoría, para ser responsables en el delito, ya sea como autor o como cómplice, es necesario ostentar la calidad especial. (...) Como se advierte, la teoría de la ruptura del título de imputación, al condicionar la punición del comportamiento del extraneus a que exista delito común, deja la puerta abierta a la impunidad de quien colabora con el autor de un delito”.<sup>88</sup>

El Código Penal de Guatemala en el Artículo 35 establece: “Son responsables penalmente del delito: Los autores y los cómplices”. Sin embargo el Artículo 63 del mismo código hace una diferenciación en la aplicación de las penas para el autor y el cómplice, de la siguiente manera: “(...) al cómplice de delito consumado, se les

---

<sup>87</sup>Meini, **Ob. Cit.** Pág. 9

<sup>88</sup>Ibid. Pág. 9

impondrá la pena señalada en la ley para los autores del delito consumado, rebajada en una tercera parte”.

Según Meini, “Si los tipos de la Parte Especial del Código Penal son tipos de autoría, pues describen comportamientos de autor y no comportamientos de cómplices, parece lógico que la calidad especial que los delitos especiales requieren se exija exclusivamente a aquellas personas a quienes se les imputa el comportamiento de autor y no a los cómplices. (...) De esta manera, la diferencia -anteriormente anotada- entre el autor servidor público (intraneus) y el cómplice particular (extraneus), en el sentido que solo el primero tiene y vulnera su deber funcional, mientras que el segundo no vulnera un deber funcional (que no tiene) sino que tan solo ayuda al autor a vulnerar el suyo, se mantiene en la determinación judicial de la pena”.<sup>89</sup>

### **3.4 La subsidiaridad del delito**

El delito de enriquecimiento ilícito como cualquier otro delito se inserta en un contexto social, político y económico determinado. En este caso específicamente se inserta en la necesidad creciente de luchar contra la corrupción. Sin embargo como ya se ha mencionado anteriormente, uno de los graves problemas en la persecución penal de delitos relacionados con corrupción es la complejidad de la prueba.

---

<sup>89</sup>Meini, **Ob. Cit.** Pág. 10

Para José Ugaz, “la persecución de los delitos de corrupción de funcionarios enfrenta como problema grave el de la prueba, pues los agentes del delito normalmente, dada su preparación, su posición de poder o la complejidad de los esquemas que implementan, no dejan rastro del mismo. Desde la perspectiva de la complejidad probatoria, los signos exteriores de riqueza constituyen un indicio importante a seguir para develar el delito. En ese sentido, existen funcionarios públicos que ostentan una posición económica que no pueden justificar con sus ingresos lícitos, lo que constituye un indicio razonable de corrupción, salvo explicación en contrario. Para estos casos se creó el tipo penal de enriquecimiento ilícito. Esta norma cubre los vacíos y permite la sanción de funcionarios que tuvieran ingentes ingresos que no se condigan con lo declarado o las rentas lícitas obtenidas”.<sup>90</sup>

Para otros autores el carácter subsidiario dependerá de la configuración del delito que se haya hecho en cada legislación, por ejemplo, Rojas Vargas, expresa: “generalmente la subsidiariedad posee descripción legal expresa, cuando la norma así lo establece”.<sup>91</sup> De tal forma se puede apreciar que la legislación colombiana regula: “siempre que la conducta no constituya otro delito”<sup>92</sup>, también se ha encontrado que otras legislaciones regulan frases como: “sin incurrir en alguno de los delitos de este capítulo” (Puerto Rico), “sin incurrir en un delito más severamente castigado” (Panamá y antigua legislación de Costa Rica).

---

<sup>90</sup> Entrevista realizada a José Carlos Ugaz Sánchez-Moreno. Abogado Penalista y Profesor de Derecho Penal, Ex Procurador para el caso Fujimori/Montesinos. Lima, Perú, febrero de 2011.

<sup>91</sup> Rojas Vargas, **Ob. Cit.** Pág. 870

<sup>92</sup> Código Penal de Colombia. Ley 599-200. Art. 412.

D'Alessio expresa, “este delito quedará desplazado cuando el funcionario pueda ser responsabilizado penalmente por el o los delitos que generaron el enriquecimiento, así se trate de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública o ajenos a ella, pues las dos situaciones implican no haber justificado el incremento patrimonial (omisión) o haberse enriquecido de manera injustificada (comisión)”.<sup>93</sup>

Ugaz manifiesta que “el enriquecimiento ilícito no es un tipo penal autónomo sino subsidiario. Sólo se aplicará si no se pueden probar otras formas delictivas de corrupción como el peculado, el cohecho o la colusión ilegal. Si se tiene en consideración que esta norma surge para evitar que las dificultades probatorias de los actos de corrupción generen impunidad, entonces no resulta coherente procesar simultáneamente a una persona por el acto de corrupción identificado - del cual se tienen elementos probatorios - y por el enriquecimiento ilícito. Por esta razón es que tanto la doctrina y la jurisprudencia nacional peruana se decantan por reafirmar el carácter subsidiario de este delito”.<sup>94</sup>

El Diputado Aníbal García ponente de la iniciativa de ley en Guatemala manifiesta de igual manera que “el delito de enriquecimiento ilícito debe de aplicarse por ser imposible probar otro delito contra la administración pública”.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup>D'Alessio, Código Penal. Comentado y anotado. Citado por Todarello, Guillermo Ariel. Ob. Cit. Pág. 319

<sup>94</sup> Entrevista realizada a José Carlos Ugaz Sánchez-Moreno. Abogado Penalista y Profesor de Derecho Penal, Ex Procurador para el caso Fujimori/Montesinos. Lima, Perú, febrero de 2011.

<sup>95</sup> Entrevista realizada a Aníbal García. Abogado. Diputado al Congreso de la República de Guatemala. Guatemala, septiembre 2011.



Lo anterior muestra que la actual tendencia a nivel mundial es considerar este tipo de delitos como subsidiarios, sin que ello perjudique su efectividad ni ponga en riesgo la constitucionalidad de la figura, pues se inserta en el contexto político y social concreto de la importancia de luchar contra la corrupción y evitar su impunidad.

Al legislar este delito como de carácter subsidiario, Fidel Rojas considera lo siguiente:

“(…) c) Que la subsidiariedad descarta la posibilidad de aplicar alternativamente (o uno y otro) los tipos penales funcionales, dado que lo subsidiario es excluyente de lo principal o de lo alternativo.

d) Que el tipo de enriquecimiento no posee naturaleza autónoma en tanto tipo penal, vale decir que carece de una conducta típica propia, operando con carácter residual, esto es, con efecto de recojo de aspectos de tipicidad de otros ilícitos, sin que pueda confundirse con éstos.

(…) f) El delito de enriquecimiento ilícito mantiene una relación subsidiaria con los tipos penales de concusión, exacción ilegal, colusión defraudatoria, peculado doloso y extensivo, cohecho pasivo genérico y específico de aceptación de donativos, tráfico de influencias, entre otros. No pudiendo concursar ni real ni idealmente con tales figuras delictivas, lo que significa que la imputación por enriquecimiento ilícito cancela la establecida por los demás delitos para un mismo supuesto de hecho, lo que deberá

establecerse en la medida de lo posible en la calificación del supuesto de hecho en los momentos pertinentes del desenvolvimiento procesal del caso.”<sup>96</sup>

El considerar el delito de enriquecimiento como carácter subsidiario es importante en la persecución penal en los delitos relacionados con corrupción, ya que debido a la dificultad de la prueba antes mencionada se puede utilizar un mecanismo formal y de observancia obligatoria para los funcionarios y empleados públicos como es la declaración jurada patrimonial para iniciar la persecución penal, por un lado y, por otro lado, ofrece la oportunidad para que en el transcurso de la investigación el ente encargado de la persecución pueda reorientar la calificación del delito si obtuviere los medios de prueba que le permitan afirmar el acto ilegal por medio del cual se obtuvo el enriquecimiento, finalmente, permite que a través de este puedan sancionarse otro tipo de actos relacionados con la función pública que no se encuentren regulados de manera específica en la legislación, tal es el caso del tráfico de influencias.

---

<sup>96</sup>Rojas Vargas, **Ob. Cit.** Pág. 870.

## CAPÍTULO IV

### 4. Persecución penal del delito de Enriquecimiento Ilícito en Guatemala

#### 4.1 Persecución penal de los delitos contra la administración pública en Guatemala

Según datos proporcionados por el Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial del Organismo Judicial (CENADOJ) del año 2005 al 2007 se obtuvo únicamente 94 sentencias de delitos contra la administración pública, desagregados de la siguiente manera:

Delito	Sentencias condenatorias 2005- 2007
<b>Cohecho pasivo</b>	15
<b>Cohecho activo</b>	33
<b>Peculado</b>	20
<b>Malversación</b>	25
<b>Concusión</b>	1
<b>Fraude</b>	0

\*Información con base a datos del CENADOJ

La memoria de labores del Ministerio Público del año 2008 en cuanto a la actividad realizada por la Fiscalía contra la Corrupción da cuenta de que fueron recibidas un

total de 237 denuncias, de las cuales únicamente fueron presentadas 36 solicitudes de acusación, logrando 12 sentencias y 12 personas condenadas y una absuelta.<sup>97</sup>

Durante el año 2009 la fiscalía recibió un total de 198 denuncias, presentando 72 solicitudes de acusación, de las cuales obtuvieron 25 sentencias y 29 personas condenadas.<sup>98</sup>

Lo anterior muestra tres puntos importantes:

1. El total de denuncias recibidas por delitos contra la administración pública es bajo, si se toma en cuenta que Guatemala es un país con altos índices de corrupción<sup>99</sup>;
2. Un bajo número de acusaciones presentadas en relación con la cantidad de denuncias recibidas; y
3. Un bajo número de condenas obtenidas.

Como se ha mencionado anteriormente la persecución penal en los delitos contra la administración pública es una tarea sumamente difícil, ya que trae consigo dificultades probatorias. Para José Ugaz “La persecución de los delitos de corrupción de

---

<sup>97</sup>Ministerio Público. **Memoria de labores 2008**. Pág. 36. Guatemala, 2009.

<sup>98</sup> Ministerio Público. **Memoria de labores 2009**. Pág. 83. Guatemala, 2010.

<sup>99</sup> De conformidad con el índice de percepción de corrupción 2010 realizado por Transparencia Internacional en donde se evalúa en notas de 0 a 10, Guatemala tiene una calificación de 3.1, ocupando el puesto 91 de 178 países evaluados.

funcionarios enfrenta como problema grave el de la prueba, pues los agentes del delito normalmente, dada su preparación, su posición de poder o la complejidad de los esquemas que implementan, no dejan rastro del mismo”<sup>100</sup>. El mismo criterio comparte el Diputado Aníbal García quien menciona que “las mayores dificultades que enfrenta la persecución penal en los delitos relacionados con corrupción son por un lado la debilidad de la investigación criminal, especialmente la debilidad de la prueba y por otro el tráfico de influencias en el sistema de justicia que pueden ejercer los autores de este tipo de delitos”.<sup>101</sup>

Javier Monterroso, explica que son varios los obstáculos en la persecución penal de delitos relacionados contra la corrupción, dentro de los que menciona como más importantes, “los métodos especiales de averiguación, ya que en Guatemala la Ley contra el Crimen Organizado no incluye los delitos de corrupción, lo que deja fuera métodos como las escuchas telefónicas y el colaborador eficaz, el secreto bancario, las sociedad anónimas, los testaferros, son otros de los obstáculos que finalmente obstaculiza la carga probatoria a cargo del Ministerio Público, motivo por el cual surgen nuevos delitos como el del enriquecimiento ilícito”<sup>102</sup>

Otros obstáculos que enfrenta la persecución penal en los delitos contra la administración pública, son:

---

<sup>100</sup> Entrevista realizada a José Carlos Ugaz Sánchez-Moreno. Abogado Penalista y Profesor de Derecho Penal, Ex Procurador para el caso Fujimori/Montesinos. Lima, Perú, febrero de 2011.

<sup>101</sup> Entrevista realizada a Aníbal García. Abogado. Diputado al Congreso de la República de Guatemala. Guatemala, septiembre 2011.

<sup>102</sup> Entrevista realizada a Javier Monterroso. Abogado. Asesor del Despacho de la Fiscal General de Guatemala y Ex Secretario Privado del Ministerio Público. Octubre 2011.

- “La falta de preparación profesional idónea de los investigadores para este tipo de delitos.”<sup>103</sup> Los fiscales, auxiliares, jueces y demás personal que pertenecen a los órganos encargados de perseguir y sancionar los delitos, con cuentan con la capacidad técnica y el conocimiento necesarios para efectuar una eficiente persecución y sanción. “Esta falta de capacitación suficiente dificulta el desarrollo de acciones tendientes al esclarecimiento de los hechos dentro de los tiempos procesales previstos normativamente, porque no se cuenta con objetivos y una estrategia clara de investigación, lo cual repercute en una pérdida de recursos, eficiencia y desgaste innecesario.”<sup>104</sup> Según Monterroso, el personal idóneo debe de incluir personas especializadas en contabilidad, aspectos financieros, entre otros, que permita la coordinación con personal de otras instituciones con funciones específicas como la Contraloría General de Cuentas, la Intendencia de Verificación Especial, entre otras.”<sup>105</sup>

- Inexistencia de una política específica que se encargue de la persecución penal de este tipo de delitos. A lo largo de la historia las instituciones encargadas de la persecución se han ocupado de los delitos tradicionales, lo que les lleva a ignorar o implementar nuevos mecanismos que aumenten su eficacia y eficiencia. Según Biscay

---

<sup>103</sup>Entrevista realizada a Aníbal García. Abogado. Diputado al Congreso de la República de Guatemala. Guatemala, septiembre 2011.

<sup>104</sup>Biscay, Pedro. Revista electrónica Sistemas Judiciales. “La justicia penal y el control de los delitos económicos y de corrupción”. Argentina. <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/377.pdf>. Consultada el 13 de septiembre de 2011.

<sup>105</sup>Entrevista realizada a Javier Monterroso. Abogado. Asesor del Despacho de la Fiscal General de Guatemala y Ex Secretario Privado del Ministerio Público. Octubre 2011.

“Este es un problema que forma parte de una condición estructural de los organismos de aplicación de la ley en la argentina, que a lo largo de los años no han podido construir un programa político criminal contra este fenómeno delictual,”<sup>106</sup> caso que se adecua a la realidad guatemalteca.

- Dificultades para circunscribir con precisión el objeto procesal. “La falta de capacitación suficiente y la naturaleza compleja de estas maniobras repercute también en la dificultad para circunscribir de manera precisa los hechos y el objeto procesal, condicionando así las posibilidades de obtener una investigación eficiente”.<sup>107</sup>

Lo anterior provoca una baja persecución penal en este tipo de delitos, lo que provoca a su vez impunidad y esta constituye un aliciente para que los funcionarios públicos cometan actos de corrupción pues existen altas probabilidades de que no sean detectados y sancionados.

Todo esto lleva a concluir que, tal como lo manifiestan diferentes autores y expertos en el tema, es necesario pensar en nuevas formas de persecución para este tipo de delitos, dejando de lado la manera tradicional para delitos convencionales. “El modelo de persecución penal vigente no es adecuado a la realidad específica que define estos fenómenos delictivos. Tanto la corrupción pública, como los delitos económicos y sus

---

<sup>106</sup>Biscay, Pedro. Revista electrónica Sistemas Judiciales. “La justicia penal y el control de los delitos económicos y de corrupción”. Argentina. <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/377.pdf>. Consultada el 13 de septiembre de 2011.

<sup>107</sup>Ibid.

relaciones recíprocas, no pueden ser perseguidos con herramientas procesales organizadas para investigar delitos convencionales”.<sup>108</sup>

#### **4.2 Persecución penal del delito de enriquecimiento ilícito**

Como parte de la nueva tendencia en la creación de herramientas que permitan perseguir y sancionar los delitos contra la administración pública, tomando en cuenta el daño que causa los Estados, surge el delito de enriquecimiento ilícito, el cual a decir de José Ugaz, “no es una norma que pertenezca al derecho penal clásico, sino producto un nuevo sistema penal cuya principal característica es la anticipación de la tutela penal”.<sup>109</sup>

De conformidad con los datos proporcionados por el Ministerio Público de Costa Rica durante el año 2010 recibieron 30 denuncias por cohecho propio, 17 por malversación y 38 por enriquecimiento ilícito, lo que comprueba que es mayor el número de denuncias por este último que otros delitos relacionados con corrupción.

En Perú, el delito de enriquecimiento ilícito cobró relevancia a partir del año 2000 con la caída del régimen de Alberto Fujimori, a raíz de las investigaciones contra los miembros de la red criminal denominada Fujimori y Montesinos. Al preguntarle a José Ugaz si considera que el delito de enriquecimiento ilícito en la legislación penal

---

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> Entrevista realizada a José Carlos Ugaz Sánchez-Moreno. Abogado Penalista y Profesor de Derecho Penal, Ex Procurador para el caso Fujimori/Montesinos. Lima, Perú, febrero de 2011.

umenta las probabilidades de persecución penal en delitos relacionados con corrupción, manifestó: “Definitivamente que sí. Nuestra experiencia a cargo de la Procuraduría *ad hoc* para distintos casos anticorrupción en el Perú, nos ha demostrado que la existencia de este tipo penal sirve de manera importante para la persecución penal en delitos relacionados con la corrupción de funcionarios públicos. En el proceso anticorrupción peruano iniciado a la caída del régimen de Fujimori, sin el delito de Enriquecimiento Ilícito, hubieran existido vacíos de punibilidad al no poder probar los distintos actos de corrupción realizados por los funcionarios públicos, sobre todo en los niveles más altos de la dirección estatal. En ese sentido, gracias a esta norma, se ha podido procesar penalmente y sentenciar a ex – altos dignatarios, como Ministros de Estado, Congresistas de la República, Vocales Supremos, generales del Ejército, la Fiscal de la Nación, entre otros”.<sup>110</sup>

La incorporación del delito de enriquecimiento ilícito surge de “una necesidad político criminal evidente: gran parte de los actos in fieles cometidos por funcionarios públicos en la administración de los bienes del Estado presentan dificultades notables para su prueba y persecución, sin embargo existe una gran cantidad de “funcionarios públicos” que ofrecen a los ojos de los ciudadanos una transformación radical de sus respectivos niveles de vida, al minuto siguiente de ser nombrados en cargos públicos. Se trata, entonces, de una alternativa de control que remite a la necesidad ética de

---

<sup>110</sup> Entrevista realizada a José Carlos Ugaz Sánchez-Moreno. Abogado Penalista y Profesor de Derecho Penal, Ex Procurador para el caso Fujimori/Montesinos. Lima, Perú, febrero de 2011.

justificar los incrementos patrimoniales: una versión moderna de los antiguos juicios de residencia”.<sup>111</sup>

En conclusión se puede afirmar que este tipo delictivo permite mayor persecución penal debido a su carácter subsidiario y mayor facilidad para obtener la prueba utilizando mecanismos como la declaración jurada patrimonial, la declaración de rentas, entre otras. A decir de Javier Monterroso, “ante la dificultad de probar otros delitos que se cometieron en defraudación del erario público, el delito de enriquecimiento ilícito es clave, ya que ofrece una oportunidad que aumenta enormemente las probabilidades de persecución penal, pues simplifica la carga probatoria, lo que provoca finalmente disminución de la impunidad en este tipo de delitos”.<sup>112</sup> El Diputado Aníbal García afirma que de incluirse en la legislación penal el delito de enriquecimiento ilícito los principales beneficios para Guatemala serían “la efectividad de la lucha contra la impunidad, principalmente en delitos relacionados con corrupción y el aumento de la confianza en el sistema de justicia”.<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup>Acción Ciudadana. “Propuesta de reformas legales contra la corrupción”. Pág. 51.

<sup>112</sup> Entrevista realizada a Javier Monterroso. Abogado. Asesor del Despacho de la Fiscal General de Guatemala y Ex Secretario Privado del Ministerio Público. Octubre 2011.

<sup>113</sup>Entrevista realizada a Aníbal García. Abogado. Diputado al Congreso de la República de Guatemala. Guatemala, septiembre 2011.

### 4.3 Intentos por tipificar el delito de Enriquecimiento Ilícito en Guatemala

Durante varios períodos legislativos el Congreso de la República han analizado un aproximado de 11 iniciativas de ley que proponen la creación del delito de enriquecimiento ilícito, algunas como una reforma al Código Penal y otras lo incluyen como un delito en nueva ley, sin embargo ninguna ha sido aprobada. Estas son:

Iniciativa	Ponente
# 2890 de fecha 13 de Agosto del 2003	Diputado Alfonso Bauer Paiz
# 3195 de fecha 17 de Febrero 2005	Diputado Manuel Antonio Baldizón
# 3209 de fecha 3 de marzo de 2005	Diputado Mario Taracena Diaz- Sol, et.al.
# 3221 de fecha 13 de abril del 2005	Diputado Rolando Morales Chávez
# 3231 de fecha 13 de abril del 2005	Diputada Nineth Montenegro
# 3277 de fecha 13 de Julio del 2005	Oscar Berger, Presidente de la República 2004 -2007
# 3894 de fecha 01 de septiembre del 2008	Diputados Nineth Montenegro, Anibal García Hernández, José Alejandro Arévalo, et. al.
# 3919 de fecha 23 de septiembre del 2008	Diputados Jaime Antonio Martinez Lohayza, Virna Ileana López Chacón, Jorge Mario

	Barrios Falla.
# 3963 de fecha 05 de noviembre del 2008	Diputados Anibal García Hernández y Otilia Inés Lux García
# 4347 de fecha 23 de febrero de 2011	Diputada Nineth Montenegro
# 4461 de fecha 20 de marzo de 2012.	Otto Pérez Molina, Presidente de la República 2012-2015

En el año 2008, tres iniciativas de ley recibieron dictamen favorable por parte de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso de la República de Guatemala, en su conjunto fueron denominadas “ley contra el enriquecimiento ilícito”. Estas iniciativas son: la 3894, 3919 y 3963 y pretenden la creación y modificación de distintos tipos penales cometidos por funcionarios públicos. Sin embargo desde septiembre de 2008 “no ha podido ser discutida en el pleno legislativo, porque la instancia de jefes de bloques no ha decidido agendarla para su aprobación”.<sup>114</sup> Una nota periodista publicada por el diario Prensa Libre, da cuenta que esta no ha sido incluida porque no existe voluntad política y que “algunos representantes de sectores de la sociedad afirman que la no aprobación se debe al temor de los diputados de ser perseguidos por hechos verdaderamente constitutivos de delito”.<sup>115</sup>

La inclusión del delito de enriquecimiento ilícito, así como otras reformas importantes en materia de combate a la corrupción ha sido una demanda permanente de distintos

<sup>114</sup>Congreso entrapa ley contra riqueza ilegal. Pág. 2. Prensa Libre (Guatemala). (Lunes 17 de mayo de 2010).

<sup>115</sup>Ibid.



sectores de la sociedad guatemalteca, incluso es una solicitud planteada por la Comisión contra la Impunidad en Guatemala –CICIG-, según lo manifiesta la nota periodística mencionada.

Lo anterior evidencia la difícil tarea que significa lograr la aprobación de este tipo de leyes por el Congreso de la República, lo que hace necesario continuar profundizando en la figura delictiva y utilizar mecanismos de incidencia para lograr su aprobación.

#### **4.4 Análisis de la iniciativa denominada “Ley contra el enriquecimiento ilícito” de conformidad con la Convención Interamericana contra la Corrupción.**

La iniciativa de ley con dictamen favorable otorgado por la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso de la República, desde septiembre de 2008, integra las iniciativas 3894, 3919 y 3963, presentadas por varios Diputados al Congreso de la República.

En ella se hace referencia a los distintos compromisos internacionales que el Estado de Guatemala ha asumido para combatir la corrupción. Entre esos se encuentra la Convención Interamericana contra la Corrupción, que como se mencionó anteriormente constituye el primer compromiso internacional adquirido en esta materia, y, en donde los Estados que la ratificaron se comprometen a la creación y utilización de los instrumentos legales necesarios para aplicar dentro de su ordenamiento jurídico los principios y disposiciones consagrados en dichos instrumentos internacionales, con

el propósito de lograr una mayor transparencia en el funcionamiento de sus entidades y por ende generar una confianza en la administración pública del país.

En el dictamen favorable se manifiesta dentro de sus consideraciones que dicha iniciativa responde a la consciencia que “la corrupción es un fenómeno criminal complejo que constituye los cimientos para la ineficiencia e inoperancia del aparato estatal”<sup>116</sup>, por lo que promueven la adaptación de los tipos penales cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración estatal como un paso inicial para el combate de este flagelo. Por ello la iniciativa no pretende únicamente la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, sino que contiene una serie de reformas importantes, tales como aumento de las penas de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública y la creación de otros tipos delictivos como el testaferrato, tráfico de influencias, entre otros. Sin embargo esta investigación analizará solo lo relativo al enriquecimiento ilícito, el cual queda regulado de la siguiente manera:

**“Artículo 448 Bis. Enriquecimiento ilícito.** Comete delito de enriquecimiento ilícito, el funcionario o empleado público que durante el ejercicio del cargo o función pública y hasta cinco años de haber cesado en él, aumente su patrimonio o su gasto económico personal, el de su cónyuge, hijos, familiares o interpósita persona, de manera notoriamente superior y desproporcionado, al que normalmente haya podido obtener

---

<sup>116</sup>Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso de la República de Guatemala. Dictamen No. 24. Ley contra el enriquecimiento ilícito. Diciembre 2008.

en virtud de sus sueldos, emolumentos, incrementos regulares de capital o por ingresos de cualquier otra causa lícita. Comete el mismo delito cuando el nivel de gastos, cancelación de deudas u obligaciones no se corresponda con ingresos lícitos. El responsable de este delito sancionado con prisión de cinco (5) a diez (10) años, multa de cincuenta mil a quinientos mil quetzales y el comiso de los bienes, productos, beneficios, utilidades u objetos del delito, e inhabilitación especial conforme el artículo 56, numerales 2 y 3 por el doble de tiempo de la pena de prisión impuesta”.<sup>117</sup>

La Convención Interamericana Contra la Corrupción en el Artículo IX, regula:

**Enriquecimiento ilícito.** Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él. (...)”

Aunque a simple vista la propuesta del delito en la iniciativa con dictamen favorable parece ser similar a la regulada en la Convención Interamericana contra la Corrupción, se realizará un análisis del tipo delictivo a partir de los elementos objetivos que conforman el delito y que han sido descritos en el capítulo II de esta investigación:

---

<sup>117</sup>Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso de la República de Guatemala. Dictamen No. 24. Ley contra el enriquecimiento ilícito. Diciembre 2008.

**Sobre el sujeto activo:** La iniciativa de ley contempla al funcionario o empleado público como sujeto activo del delito, mientras que la CICC contempla únicamente al funcionario público ya que la definición que esta hace del mismo en el Artículo I es extensiva. Considerando este delito de carácter especial, la iniciativa es correcta al determinar al funcionario o empleado público como sujeto activo pues esto exige que el autor infrinja un deber jurídico específico. Sin embargo como se explicó en el apartado 2.1.1. el problema radica en la interpretación ambigua y restrictiva que la legislación guatemalteca utiliza para definir al funcionario o empleado público, por lo que debiera acudirse a un concepto más amplio que el tradicional y debe incluirse en el texto a personas que ejerzan funciones públicas, por cualquier título o modalidad , evitando así que una persona que ha cometido el delito no encuadre en el ilícito por no cumplir con el título formal, pues lo importante es la finalidad que este debe alcanzar. Esta recomendación fue dada por el Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento a la Convención Interamericana contra la Corrupción, en el informe final de evaluación a Guatemala en la segunda ronda de análisis respecto al resto de delitos contra la administración pública.

El sujeto activo lo constituye no solamente el funcionario o empleado público en funciones sino hasta cinco años de haber cesado en el cargo, lo cual brinda una oportunidad de extender el plazo de la persecución penal.

**Sobre el sujeto pasivo:** Al incluirse este delito en el Código Penal, título XIII: De los delitos contra la Administración Pública, se entiende que el único sujeto pasivo lo

constituye el Estado, lo cual es correcto si se parte de que es este el titular de los bienes que se ven afectados con este tipo delictivo.

**Sobre el bien jurídico tutelado:** Por la inclusión que se hace del delito en el Código Penal se puede afirmar que el bien jurídico protegido lo constituye la administración pública. Sin embargo debe de tomarse en cuenta que tal y como fue abordado en el apartado 2.1.3. este tipo de delitos pretende tutelar el correcto ejercicio de la función pública, así como el principio de transparencia en la gestión con la que todo funcionario público debe de actuar.

**Sobre la conducta ilícita:** De conformidad con lo expuesto en el apartado 2.1.4. la iniciativa de ley considera al delito de enriquecimiento ilícito como un delito de acción, ya que considera que la conducta ilícita es el aumento del patrimonio o su gasto económico desproporcionado respecto de sus ingresos legítimos.

Un aspecto favorable que contiene la iniciativa de ley, es que regula el aumento del patrimonio o gasto económico no solo del funcionario o empleado público sino también el del cónyuge, hijos, familiares o interpósita persona. Además regula que se comete el mismo delito cuando el nivel de gastos, cancelación de deudas y obligaciones no corresponde a los ingresos lícitos, lo que amplía la conducta prohibida.

Tanto la iniciativa de ley como la CICC contemplan que para que exista enriquecimiento ilícito el incremento del patrimonio o gasto económico debe ser notoriamente superior o con significativo exceso.

Un elemento no regulado en la iniciativa es la condición objetiva de punibilidad, la cual consiste en que la licitud del incremento no pueda ser razonablemente justificado por el funcionario o empleado público, la cual otorga un valor importante a dicha figura, concebida dentro del Derecho Penal actual como una figura de peligro abstracto, lo cual fue abordado en el apartado 2.1.4.2.

**Sobre la participación del extranei.** La iniciativa de ley no contempla la participación de la persona que colabora para cometer el delito. En el apartado 2.3 se determinó que el delito de enriquecimiento ilícito es considerado de carácter especial, es decir que solamente puede ser cometido por el sujeto que reúna la calidad de funcionario o empleado público, lo que significa que la persona interpósita que se utilice para ocultar el delito debe de ser sancionada siguiendo la ya explicada teoría de la ruptura del título de imputación, teniendo que estar tipificada la figura del testaferrato<sup>118</sup>. Sin embargo la diferencia se realizará en la determinación judicial de la pena utilizando el Artículo 63 del Código Penal, imponiendo al cómplice la pena señalada para el autor del delito, rebajada en una tercera parte.

---

<sup>118</sup>Esta figura delictiva se encuentra también en la iniciativa de ley denominada “Ley contra el enriquecimiento ilícito”.



Además la iniciativa no contempla la participación de una persona jurídica utilizada para disimular el delito, lo cual constituye un elemento importante si se toma en cuenta que las sociedades anónimas resultan mecanismos fáciles y accesibles para desviar el producto del delito.

La misma iniciativa de ley contempla la tipificación del delito de testaferrato, el cual de ser aprobado representa un paso importante en la persecución penal, pues ya no se sancionaría al extraneus como cómplice, sino como autor de un delito propio.

**Sobre la subsidiariedad del delito.** Queda demostrado que el delito de enriquecimiento ilícito es de carácter subsidiario, ya que solamente será utilizado en virtud de no poder probar el delito que generó el enriquecimiento. Sin embargo la tipificación propuesta en la iniciativa de ley no incluye de forma expresa la subsidiariedad como la hace la legislación colombiana, de Puerto Rico y Panamá.

**Sobre la pena impuesta.** La pena debe de reflejar la subsidiariedad del delito, pues al considerarse de esa manera, no puede imponerse la misma pena que si se condenara por el delito que generó el enriquecimiento.

La iniciativa de ley mencionada pretende aumentar las penas de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública, tal es el caso del cohecho pasivo, cohecho activo y peculado, fijando una pena entre cinco y diez años de prisión,

multa de cincuenta mil a quinientos mil quetzales y regula igual pena para el delito de enriquecimiento ilícito, lo que no resulta congruente con su carácter subsidiario.

Algunos elementos importantes que contiene la iniciativa de ley son la imposición de multa, el comiso de los bienes productos del delito y la inhabilitación especial de conformidad con el Código Penal<sup>119</sup>.

Por otro lado los vacíos que presenta se refiere a la imposición de la pena de la persona interpósita para disimular el delito, así como la sanción para la persona jurídica si este fuera el mecanismo utilizado para la simulación.

#### **4.5 Propuesta de tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito.**

En términos generales se puede afirmar que la iniciativa que pretende regular el delito de enriquecimiento ilícito y que cuenta con dictamen favorable en el Congreso de la República es bastante adecuada de conformidad con los elementos propios del delito, los instrumentos y estándares internacionales en la materia. Sin embargo existen elementos importantes que no han sido tomados en cuenta y que permitirían no solo contar una mejor tipificación del delito sino aumentar las probabilidades de persecución penal en los delitos relacionados con corrupción, tales como: la ampliación del sujeto activo en cuanto al funcionario o empleado público, la condición

---

<sup>119</sup> Artículo 57. Inhabilitación especial. La inhabilitación especial consistirá, según el caso: 1°. En la imposición de alguna o algunas de las inhabilitaciones establecidas en los distintos incisos del artículo que antecede. 2°. En la prohibición de ejercer una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación.

objetiva de punibilidad, la subsidiariedad del delito y la sanción a personas individuales y jurídicas que participen en la ocultación de los bienes provenientes del delito. Por tales motivos a continuación se realiza una propuesta de tipificación del delito.

Se adiciona el Artículo 448 Bis al Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República y sus reformas, el cual queda así:

**Artículo 448 Bis. Enriquecimiento Ilícito.** Comete delito de enriquecimiento ilícito, quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública, siendo seleccionado, designado o electo para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, bajo cualquier título o modalidad de gestión<sup>120</sup>, que durante el ejercicio del cargo o función pública y hasta dos años de haber cesado en él, aumente su patrimonio o su gasto económico personal, el de su cónyuge, hijos, familiares o interpósita persona física o jurídica, de manera notoriamente superior y desproporcionada, respecto de sus ingresos legítimos y que no pueda ser razonablemente justificado por él, siempre que la conducta no constituya otro delito. Comete el mismo delito cuando el nivel de gastos, cancelación de deudas u obligaciones no corresponda con sus ingresos lícitos. El responsable de este delito será sancionado con prisión de tres (3) a seis (6) años<sup>121</sup>, multa de treinta mil quetzales (Q.30,000.00) a trescientos mil quetzales (Q. 300,000.00) y el comiso de los

---

<sup>120</sup> Las reformas al Código Penal pueden incluir la modificación del artículo 1, numeral 2, de las Disposiciones Transitorias, para adecuarlo a la definición de funcionario público que establece la Convención Interamericana contra la Corrupción. Si este fuera el caso podrá colocarse únicamente como sujeto activo al funcionario público.

<sup>121</sup> Esta pena supone la reforma de las penas impuestas para el resto de delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, de lo contrario deberá ser menor que la pena vigente para dichos delitos.



bienes, productos, beneficios, utilidades u objetos del delito, e inhabilitación especial conforme los Artículos 56, numerales 2 y 3, y, 57, por el doble de tiempo de la pena de prisión impuesta.

La persona física interpuesta para disimular el delito 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.<sup>122</sup>

La persona jurídica interpuesta para disimular el delito será sancionada con multa de treinta mil quetzales (Q.30,000.00) a trescientos mil quetzales (Q. 300,000.00) o el doble del beneficio obtenido, la que sea mayor, en caso de reincidencia se ordenara la cancelación definitiva de la patente de comercio.

La persona que de buena fe denuncie los actos mencionados en este Artículo, serán protegidas por las autoridades correspondientes, de conformidad, con la legislación vigente.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup>Esta pena supone que el delito de testaferrato no ha sido aprobada, de lo contrario deberá ser juzgada por dicho delito.

<sup>123</sup>La protección de la denuncia de buena fe, surge como parte de los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Guatemala, específicamente con el artículo III, numeral 8 de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

## CONCLUSIONES

1. En Guatemala existen delitos con el objeto de sancionar los delitos cometidos por funcionarios públicos, sin embargo estos no son suficientes. No existen acciones novedosas que permitan la efectiva prevención y sanción de actos de corrupción.
2. La persecución penal en Guatemala es baja si se considera que se está ante uno de los países con altos índices de percepción de corrupción, lo que permite concluir que las herramientas procesales existentes para la persecución penal no son sido suficientes para emprender un verdadero combate a la corrupción, lo que genera a su vez impunidad.
3. El alto índice de corrupción se debe en gran medida a las bajas penas reguladas en el Código Penal para los delitos cometidos contra la administración pública, pues constituye un estímulo para los funcionarios públicos ya que las sanciones no guardan relación con los bienes adquiridos producto del delito.
4. En Guatemala no existe un sistema eficiente de declaraciones patrimoniales que permita aumentar la persecución penal en delitos contra la administración pública.



5. Los obstáculos que enfrenta la persecución penal en los delitos cometidos contra la administración pública son la falta de preparación idónea de los investigadores, jueces y demás entes que participan en la cadena de impartición de justicia, pues existen altas probabilidades de que los actos de corrupción no sean detectados y sancionados.

## RECOMENDACIONES

1. Que el Congreso de la República de Guatemala apruebe una ley que reforme aspectos sustanciales del Código Penal que contenga aspectos novedosos en materia de prevención y sanción de actos de corrupción y dentro de estos incluya como delito el enriquecimiento ilícito, tomando en cuenta los elementos que integran dicho tipo delictivo y la experiencia de otros países, con el objeto de fortalecer el combate a la corrupción.
2. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala adopte la figura del enriquecimiento ilícito como un delito de carácter subsidiario, a efecto de hacerlo valer en caso ningún otro delito con mayor pena pueda ser probado, lo que permitirá aumentar la persecución penal en delitos relacionados con corrupción.
3. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Código Penal a efecto de aumentar de manera general las penas reguladas para los delitos cometidos contra la administración pública por funcionarios públicos, lo que permitirá disminuir la comisión de actos de corrupción.



4. Que el Congreso de la República de Guatemala reforme la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos a fin de fortalecer el sistema de declaraciones juradas patrimoniales dentro de la Contraloría General de Cuentas, para que sirva como principal elemento probatorio en la persecución penal del enriquecimiento ilícito.
  
5. Una vez aprobada la ley que tipifique el delito de enriquecimiento ilícito, las instituciones encargadas de la impartición de justicia inicien una campaña de capacitación dirigida a los funcionarios públicos obligados a aplicarla, con la finalidad de que aprendan a utilizar dicha figura como un medio eficaz de sanción a los funcionarios que cometan un acto de corrupción.



## BIBLIOGRAFIA

- Acción Ciudadana. **La corrupción en Guatemala: Aspectos jurídicos e institucionales.** Guatemala, Guatemala: (s.e),1999. 76 págs.
- Acción Ciudadana. **Propuesta de reformas legales contra la corrupción.** Guatemala, Guatemala, (s.e), 2004. 73 págs.
- Biscay, Pedro. **La justicia penal y el control de los delitos económicos y de corrupción.** Revista Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia.  
<http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/377.pdf>.
- Coalición por la transparencia. **Diagnostico del sistema de declaraciones juradas patrimoniales en Guatemala.** Guatemala, Guatemala, (s.e), 2006. 44 págs.
- Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso de la República de Guatemala. **Dictamen No. 24. Ley contra el enriquecimiento ilícito.** Diciembre 2008.
- Congreso Entrampa Ley Contra Riqueza Ilegal.** Pág. 2. Prensa Libre (Guatemala). (Lunes 17 de mayo de 2010).
- DE MATA VELA, Juan Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial.** 13<sup>a</sup>. Ed., corregida, aumentada y actualizada; Guatemala, Guatemala: Ed. Crockmen,2002. 849 págs.
- KLITGAARD, Robert. **Controlando la corrupción.** La Paz, Bolivia: Ed. Quipus, 1992.210 págs.
- MEINI, Ivan. **Delitos contra la administración pública.** Guatemala, Guatemala: Ed. Litogres, S.A., 2010. 74 págs.
- Ministerio Público. **Memoria de labores 2008.** Guatemala: Ed. Serviprensa, 2009. 194 págs.
- Ministerio Público. **Memoria de labores 2009.** Guatemala: Ed. Serviprensa, 2010. 138 págs.
- Organización de Estados Americanos. **Adaptando la Legislación Penal de Guatemala a la Convención Interamericana contra la corrupción.** Washington, DC., Estados Unidos de América: 2010.  
<http://www.oas.org/juridico/spanish/agendas/guateprelim.htm>

Organización de Estados Americanos. **Informe final de la decimo tercera reunión de comité de expertos.** Washington, DC., Estados Unidos de América: (s.e), 2008. 67 págs.

RAMÍREZ FERNÁNDEZ, William y Nadezhda Vásquez Cucho. **Manual de delitos cometidos por funcionarios públicos en el Código Penal guatemalteco, con especial referencia a los delitos contra los derechos humanos.** Guatemala, Guatemala: (s.e), 2003. 286 págs.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española.** 22<sup>a</sup>. Ed. <http://rae.es/rae.html>

ROJAS VARGAS, Fidel. **Delitos contra la administración pública.** 4<sup>a</sup>. Ed.; actualizada, corregida y aumentada; Lima, Perú: Ed. Grijley, 2007. 480 págs.

SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, Dino Carlos Caro Coria, Dino Carlos y José Leandro Reaño Peschiera. **Los delitos de tráfico de Influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir, aspectos sustantivos y procesales.** Lima, Perú: Ed. Jurista Editores, 2002. 486 págs.

TODARELLO, Guillermo Ariel. **Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito.** Buenos Aires, Argentina: Ed. del Puerto, 2008. 343 págs.

### **Legislación:**

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

**Convención Interamericana contra la Corrupción.** Organización de Estados Americanos, 1996.

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

**Decreto 15-2001.** Congreso de la República de Guatemala, 2001.

**Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto 89-2002, 2002.

**Ley de Servicio Civil.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto 89-2002, 2002.

**Código Penal.** Órgano Legislativo de la República de El Salvador, Decreto 1030, 1997.



**Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.**  
Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, ley No. 8422, 2004.

**Código Penal Federal.** Cámara de Diputados del Congreso de Los Estados Unidos Mexicanos, 1931, última reforma 2012.

**Código Penal.** Congreso de la República de El Perú, decreto 635, 1991.

**Código Penal Colombiano.** Congreso de Colombia, reformas del 2004.

**Ley de Ética en la Función Pública.** Cámara de Diputados de la Nación de Argentina, ley 25.188, 1999.