


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



**LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL
FENÓMENO SOCIAL DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN GUATEMALA**

FELIX ENRIQUE ARIAS FLORES

GUATEMALA, FEBRERO DE 2013

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

**LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL
FENÓMENO SOCIAL DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por:

FELIX ENRIQUE ARIAS FLORES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero de 2013

**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. Víctor Andrés Marroquín Mijangos |
| VOCAL V: | Br. Rocael López González |
| SECRETARIA: | Licda. Rosario Gil Pérez |

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

| | |
|-------------|--------------------------------------|
| Presidente: | Licda. Marta Lidia Nij Patzan |
| Vocal: | Lic. Erick Fernando Rosales Orizabal |
| Secretario: | Lic. José Luis de León Melgar |

Segunda Fase:

| | |
|-------------|---|
| Presidente: | Lic. Luis Fernando González Toscano |
| Vocal: | Licda. Hilda Margarita Franco Hernández |
| Secretario: | Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes |

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

LIC. ORLANDO FLORES GIRÓN
ABOGADO Y NOTARIO

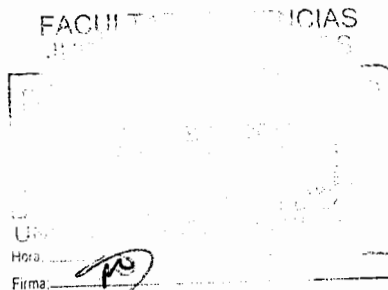
6ª avenida 11-43 Zona 1
Oficina 203, Edificio Panamericano
Tel. 55237589



Guatemala, enero 18 de 2012

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.

Respetable licenciado:



Me dirijo a usted, con el objeto de emitir **DICTAMEN**, en mi calidad de Asesor, en relación a la tesis del bachiller **FELIX ENRIQUE ARIAS FLORES**, intitulada: **“LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL FENÓMENO SOCIAL DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN GUATEMALA”**; por lo cual hago constar que el contenido científico y técnico de la tesis es el adecuado, redactándola y utilizando un lenguaje apropiado aplicando medios de investigación tales como el sintético, el inductivo y el deductivo. Las técnicas de investigación utilizadas fueron: fichas bibliográficas y documental, con las cuales recolectó la información actual y suficiente.

En cuanto al contenido técnico de la tesis, señala con datos actuales la importancia de estudiar la Convención Interamericana Contra la Corrupción y el Fenómeno Social del Enriquecimiento Ilícito en Guatemala. Los objetivos determinaron y establecieron el combate a la corrupción por parte de las instituciones del Estado de Guatemala, fortaleciendo los órganos de control y creando una conciencia, tanto ética como moral, en los funcionarios y empleados públicos demostrando la necesidad de una reforma a la legislación Penal y Procesal Penal así como fortalecer a los órganos de control otorgándoles mayor presupuesto y capacitar al recurso humano, con el fin de prevenir y combatir de mejor manera la corrupción en el ejercicio de la función pública.

La tesis constituye de manera científica a la sociedad guatemalteca y es de útil consulta para profesionales y para estudiantes, y en la misma él ponente señala

3

ORLANDO FLORES GIRÓN
ABOGADO Y NOTARIO

LIC. ORLANDO FLORES GIRÓN
ABOGADO Y NOTARIO

6ª avenida 11-43 Zona 1
Oficina 203, Edificio Panamericano
Tel. 55237589



un amplio contenido que se relaciona con la importancia de la función pública y el servicio público así como las principales leyes que regulan el actuar de los funcionarios públicos.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas de manera sencilla y constituyen supuestos certeros que definen lo relacionado a la corrupción, factores que propician la corrupción estableciendo además un análisis jurídico de la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

En el momento que así lo considere sugeriré al sustentante diversas enmiendas a la introducción, citas bibliográficas y capítulos, a lo cual se encontró conforme en llevar a cabo las modificaciones sugeridas.

En ese orden de ideas la tesis desarrollada por el sustentante cumple efectivamente con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el tribunal examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.



Lic. Orlando Flores Girón
Abogado y Notario
Col. 4,994

ORLANDO FLORES GIRÓN
ABOGADO Y NOTARIO



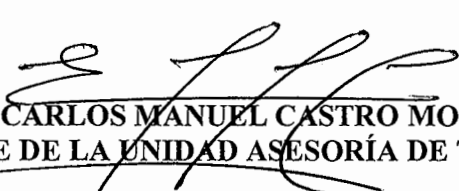
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.

**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, treinta de enero de dos mil doce.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **CARLOS HORACIO CASTILLO GARCÍA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **FELIX ENRIQUE ARIAS FLORES**, Intitulado: **“LA CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION Y EL FENOMENO SOCIAL DEL ENRIQUECIMIENTO ILICITO EN GUATEMALA”**.

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


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



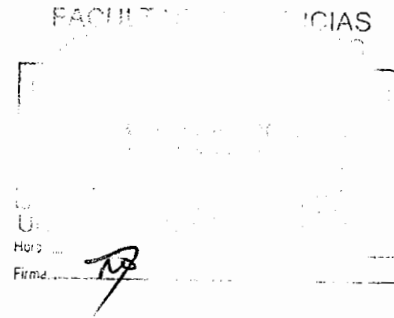
cc.Unidad de Tesis
CMCM/ jrvch.

LICENCIADO
Carlos Horacio Castillo García
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 6315



Guatemala, febrero 16 de 2012

Licenciado
Luis Efraín Guzmán Morales
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Licenciado Guzmán:

El motivo del presente es con el objeto de informarle que en cumplimiento de la designación recaída sobre mi persona como **REVISOR**, según resolución proferida por la Unidad de Asesoría de Tesis a su digno cargo, de fecha veinte de enero del presente año, del bachiller **FELIX ENRIQUE ARIAS FLORES**, quien elaboró la tesis intitulada "**LA CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION Y EL FENOMENO SOCIAL DEL ENRIQUECIMIENTO ILICITO EN GUATEMALA**", y posteriormente a la verificación que he efectuado, señalando, advirtiendo y guiando al estudiante en las modificaciones y rectificaciones que estime pertinente, le doy a conocer que la tesis incluye y comprende:

1. El contenido del desarrollo y análisis abarca asuntos y argumentos basados en criterios científicos y técnicos del tema investigado, apoyado y justificado en las doctrinas y legislaciones apropiadas, desenvolviéndolo con una redacción y terminología jurídica acorde, clara y sobre todo precisa, desarrollando sucesivamente los diversos pasos del proceso investigativo, manejando la metodología de tipo analítico y sintético, adecuando los métodos deductivo e inductivo y aprovechando las técnicas de investigación como las fichas bibliográficas y la documental.
2. La contribución científica del trabajo de tesis llevado a cabo, muestra con datos actuales lo que sucede con el enriquecimiento ilícito como acto de corrupción

Oficina 303, Edificio El Prado, 9ª Calle 4-69, zona 1, ciudad de Guatemala

Teléfono 599233695

Lic. Carlos Horacio Castillo García
Abogado y Notario

LICENCIADO
Carlos Horacio Castillo García
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 6315



- contenido en la Convención relacionada y el Peculado contenido en el Código Penal, así como las modificaciones de penas y sanciones en el mismo, no circunscribiéndose el estudiante a satisfacer solamente los presupuestos de desarrollo, sino en cambio sosteniendo y protegiendo teorías, análisis y argumentos tanto del ámbito legal así como doctrinarios, obteniendo con esto que los objetivos generales y específicos, fueron alcanzados al ser determinantes en señalar la importancia de que la Constitución Política de la República de Guatemala, otorgue mas potestades a los órganos de control, como la Comisión Para la Transparencia y Contra la Corrupción, la Fiscalía de Sección Contra la Corrupción del Ministerio Público y la Contraloría General de Cuentas.*
3. *En cuanto a la hipótesis, se comprobó al indicar y asentar la necesidad de establecer cuáles pueden ser los mecanismos más idóneos para que la legislación penal muestre avances en concordancia y armonización con la Convención Interamericana Contra la Corrupción.*
 4. *La introducción, conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara, delimitada y certera y en idéntica situación constate que la bibliografía acogida y aprovechada fue la adecuada y sobre todo apropiada.*

*En virtud de lo expuesto, la tesis efectuada por parte del sustentante cumple efectivamente con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el tribunal examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.*

LIC. CARLOS HORACIO CASTILLO GARCÍA
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 6,315

Lic. Carlos Horacio Castillo García
Abogado y Notario

Oficina 303, Edificio El Prado, 9ª Calle 4-69, zona 1, ciudad de Guatemala
Teléfono 599233695



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



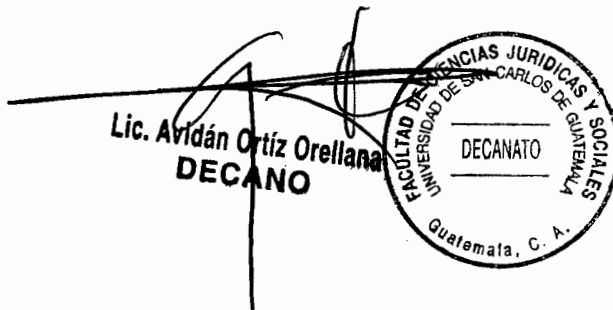
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 26 de octubre de 2012.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante FELIX ENRIQUE ARIAS FLORES, titulado LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL FENÓMENO SOCIAL DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN 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.

BAMO/sllh.

A large, stylized handwritten signature in black ink.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



Rosario



DEDICATORIA

A DIOS:

Por la bendición de la vida, por mi familia y logros alcanzados. Por brindarme sabiduría y entendimiento, iluminando mis pasos y fortaleciendo mi alma. "Porque tuyos son los dones y yo soy el instrumento".

A MARÍA:

Nuestra buena madre y recurso ordinario, modelo de mujer creyente que vive en referencia a Jesús. No temamos de acudir a ella demasiado a menudo, pues su bondad es inagotable. "Todo a Jesús por María, todo a María para Jesús".

A MIS PADRES:

Felix Enrique Arias Rosales y Lesbia Elizabeth Flores Montenegro de Arias, por su amor, sacrificio, dedicación, apoyo y paciencia incondicional, por inculcar siempre en mí ese espíritu de lucha y perseverancia, por su ejemplo de superación y sabios consejos, que orgullo ser su hijo, los amo y siempre están en mi corazón.

A MIS HERMANAS:

Lesbia Paola y Luisa Alejandra, por su amor, apoyo moral y ser siempre ese ejemplo de fraternidad y lealtad. Sigamos adelante, el próximo esfuerzo nos dará nuevas alegrías.

A MIS ABUELITOS:

José Felix Arias Muñoz, Amanda Eusebia Rosales de Arias y Orlando Flores Girón (Q.E.P.D.), y María Isabel Montenegro de Flores, por sus recuerdos y palabras que nunca perecerán. En mi memoria guardo su

historia, trayectoria y sabiduría, que han hecho de nuestra familia lo que hoy es.

A MIS TIOS, TIAS Y PRIMOS: Por su cariño y afecto.

A MIS AMIGOS: En sus deseos de verme avante en mi carrera.

A TI: María Olga Santizo Ventura, por tu comprensión, bondad, apoyo, respaldo, ánimo, confianza y sobre todo, amor hacia mí.

AL: Colegio Liceo Guatemala, por acompañar mi proceso de educación y desarrollo humano, impulsando la vivencia de mis valores morales, cristianos y maristas, fomentando en mí ese compromiso social de servicio a los más necesitados de nuestra sociedad.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, casa de estudios fuente inagotable de sabiduría.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, por siempre viva mi alma mater y a quien me comprometo a honrar en el desempeño de mi profesión.



ÍNDICE

| | Pág. |
|-------------------|-------------|
| Introducción..... | i |

CAPÍTULO I

| | |
|--|----|
| 1. La función pública y el servicio público..... | 1 |
| 1.1. La función pública..... | 1 |
| 1.2. El servicio público..... | 5 |
| 1.2.1. Antecedentes del servicio público..... | 6 |
| 1.2.2. Definiciones de servicio público..... | 7 |
| 1.2.3. Elementos de los servicios públicos..... | 7 |
| 1.2.4. Características de los servicios públicos..... | 8 |
| 1.2.5. Clases de servicios públicos..... | 9 |
| 1.3. Los servidores públicos y las normas jurídicas que regulan su actuar..... | 10 |
| 1.4. Principales leyes que regulan el actuar de los funcionarios públicos..... | 13 |
| 1.4.1. La Constitución Política de la República de Guatemala..... | 13 |
| 1.4.2. Ley de Servicio Civil..... | 14 |
| 1.4.3. Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios Públicos y Empleados Públicos..... | 18 |
| 1.4.4. Código Penal..... | 19 |
| 1.4.5. Código Procesal Penal..... | 21 |
| 1.4.6. Ley en materia de antejuicio..... | 22 |
| 1.5. El notario como funcionario público..... | 23 |
| 1.6. Otros funcionarios públicos..... | 24 |

CAPÍTULO II

| | |
|--|----|
| 2. Corrupción..... | 27 |
| 2.1. Antecedentes históricos de la corrupción..... | 28 |

| | Pág. |
|--|-------------|
| 2.2. Definición de corrupción..... | 29 |
| 2.3. Factores que propician la corrupción..... | 31 |
| 2.3.1. Factores internos..... | 31 |
| 2.3.2. Factores externos..... | 32 |
| 2.4. La percepción social de la corrupción..... | 33 |
| 2.5. El problema en las ciencias sociales..... | 35 |
| 2.6. Corrupción administrativa..... | 37 |
| 2.7. Anomia y corrupción..... | 38 |
| 2.8. Corrupción y delincuencia organizada..... | 39 |
| 2.9. Delimitaciones conceptuales..... | 40 |
| 2.10. Consecuencias de la corrupción..... | 44 |
| 2.11. La corrupción y la ética..... | 46 |
| 2.12. Lesión al bien jurídico protegido..... | 53 |
| 2.13. La bilateralidad en el acto de corrupción..... | 58 |
| 2.14. Teorías explicativas de la corrupción..... | 59 |
| 2.15. Consecuencias y modelo explicativo de la corrupción..... | 65 |
| 2.16. Prevención de comportamientos corruptos..... | 66 |
| 2.17. Un futuro sin corrupción..... | 72 |

CAPÍTULO III

| | |
|--|----|
| 3. Análisis jurídico de la convención interamericana contra la corrupción..... | 75 |
| 3.1. Medidas preventivas..... | 75 |
| 3.2. Cláusulas penales..... | 77 |
| 3.3. Soborno transnacional..... | 78 |
| 3.4. Actos de corrupción..... | 79 |
| 3.5. Disposiciones operativas..... | 79 |
| 3.6. Mecanismo de seguimiento..... | 83 |
| 3.6.1. Estructura del mecanismo de seguimiento..... | 85 |
| 3.6.1.1. La conferencia de los Estados Parte..... | 85 |



| | |
|---|----|
| 3.6.1.2. Los Estados Parte..... | 86 |
| 3.6.1.3. El comité de expertos..... | 86 |
| 3.6.1.4. Los subgrupos de expertos..... | 89 |
| 3.6.1.5. La secretaría..... | 89 |

CAPÍTULO IV

| | |
|---|-----|
| 4. La Convención interamericana contra la corrupción y el fenómeno social del enriquecimiento ilícito en Guatemala..... | 91 |
| 4.1. La Convención Interamericana contra la Corrupción y la realidad guatemalteca..... | 91 |
| 4.1.1. Las medidas preventivas que se regulan en la Convención..... | 93 |
| 4.1.2. Ámbito y jurisdicción de la Convención..... | 94 |
| 4.1.3. La realidad guatemalteca..... | 95 |
| 4.1.4. Enriquecimiento ilícito..... | 99 |
| 4.2. Lo que sucede con el enriquecimiento ilícito como acto de corrupción contenido en la Convención y el peculado contenido en el código penal Guatemalteco..... | 100 |
| 4.3. Los elementos jurídicos que configuran el delito de enriquecimiento ilícito para cumplir con la Convención Interamericana contra la Corrupción y necesidad de que se incluya en el código penal..... | 104 |
| 4.3.1. Los elementos jurídicos que configuran el enriquecimiento ilícito..... | 104 |
| 4.4. Análisis del Código Penal desde la perspectiva de los actos de corrupción regulados en la Convención Interamericana contra la corrupción..... | 106 |
| 4.5. Respecto al bien jurídico tutelado en los delitos relacionados con actos de corrupción..... | 107 |
| 4.6. Los actos de corrupción que regula la Convención Interamericana contra la Corrupción y el código penal guatemalteco..... | 112 |
| 4.6.1. Reformas al Código Penal y Código Procesal Penal..... | 115 |
| 4.7. Enriquecimiento Ilícito de funcionarios y empleados públicos..... | 116 |
| 4.8. Soborno transnacional..... | 117 |



Pág.

| | |
|---|------------|
| 4.9. Omisión de presentación de declaración jurada patrimonial..... | 118 |
| 4.10. Modificación de penas y sanciones del Código Penal..... | 121 |
| 4.11. Código Procesal Penal..... | 123 |
| 4.11.1. Criterio de oportunidad..... | 123 |
| 4.11.2. Medidas sustitutivas..... | 125 |
| 4.12. Órganos de control..... | 126 |
| 4.12.1. Comisión para la transparencia y contra la corrupción..... | 126 |
| 4.12.2. Fiscalía de sección contra la corrupción..... | 132 |
| 4.12.3. Contraloría General de Cuentas..... | 134 |
| CONCLUSIONES..... | 139 |
| RECOMENDACIONES..... | 141 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 143 |

INTRODUCCIÓN

La importancia del presente trabajo se enfoca en la problemática del flagelo llamado corrupción; que a todas luces, es uno de los mayores obstáculos que han enfrentado todas las naciones; en Guatemala, ha sido uno de los principales motivos que ha impedido el desarrollo del Estado; ya que dentro de las causas y consecuencias de la corrupción, se puede mencionar, la pobreza, falta de infraestructura, falta de educación, y a nivel institucional, existe una pérdida de confianza en las instituciones públicas.

El problema de la corrupción en Guatemala, ha venido creciendo año con año, sin que hasta la fecha exista una verdadera política para combatir este mal. Sin embargo, como consecuencia del desarrollo de este problema, la Organización de Estados Americanos (OEA), a través de varias reuniones sostenidas, decidió con varios países latinoamericanos, suscribir la Convención Interamericana Contra la Corrupción, la cual fue suscrita en el año de 1996 en Caracas, Venezuela. El gobierno de Guatemala ratificó la Convención el doce de junio del año dos mil uno, como muestra de avance en la lucha contra la corrupción; lamentablemente, no fue sino hasta años más tarde que se emprendieron proyectos dirigidos a contrarrestar la corrupción en el ejercicio de la función pública.

En este trabajo se hace un análisis de las figuras delictivas que regula la Convención Interamericana Contra la Corrupción en el Código Penal guatemalteco y otras leyes vigentes en el ordenamiento jurídico; con la finalidad de realizar un estudio acerca de los actos de corrupción. Derivado de los efectos producidos por el flagelo de la corrupción en sus ámbitos político, social y jurídico que se ha causado en el transcurso de los años en la realización de los fines de los estados, se han creado instrumentos legales; que tienen como finalidades promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.

En el objetivo general de la investigación se comprobó al determinar que el combate a la corrupción por parte de las instituciones del Estado de Guatemala, fortalecen los órganos de control, y crean una conciencia, tanto ética como moral, en los funcionarios y empleados públicos.

Se comprobó la hipótesis, en el sentido de la necesidad de establecer cuáles pueden ser los mecanismos más idóneos para que la legislación penal muestre avances en la aplicación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción; asimismo, es dar a conocer la problemática de la corrupción a fondo y proponer soluciones preventivas y punitivas de este flagelo. Para el desarrollo del trabajo se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, sintético, inductivo, deductivo; y, las técnicas de investigación empleadas fueron la documental y la científica jurídica.

Esta tesis está contenida en cuatro capítulos, de los cuales el primero tiene como propósito el estudio de la función pública y el servicio público, principales leyes que regulan el actuar de los funcionarios públicos; el segundo, trata lo relacionado a la corrupción, factores que propician la corrupción; en el tercero se busca establecer un análisis jurídico de la convención interamericana contra la corrupción; y el cuarto capítulo, está dirigido a describir la convención interamericana contra la corrupción y el fenómeno social del enriquecimiento ilícito en Guatemala, la Convención Interamericana contra la corrupción y la realidad Guatemalteca, enriquecimiento ilícito, lo que sucede con el enriquecimiento ilícito como acto de corrupción contenido en la Convención y el peculado contenido en el Código Penal guatemalteco, la necesidad de que se incluya en el Código Penal, los elementos jurídicos que configuran el enriquecimiento ilícito, los actos de corrupción que regula la Convención Interamericana, contra la Corrupción y el Código Penal guatemalteco, reformas al Código Penal y Código Procesal Penal, enriquecimiento Ilícito de funcionarios y empleados públicos.

Por lo anterior, el presente trabajo de tesis servirá como aporte académico a la Universidad de San Carlos de Guatemala, a estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por la importancia del tema de investigación jurídico–social.



CAPÍTULO I

1. La función pública y el servicio público

1.1. La función pública

En la Constitución Política de la República de Guatemala, como en la mayoría de los países, se establecen las normas para la organización jurídica y política del mismo y las reglas del ejercicio del poder público. La Constitución Política de la República de Guatemala, establece en el Artículo 141 una estructura tripartita de los órganos del estado, es decir, que el poder se encuentra en tres órganos inmediatos, que son una caracterización del Estado Moderno siendo representados por los organismos Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Uno de los principios básicos del Estado de Derecho es el de la división o separación de poderes en que se atribuye primordialmente al Organismo Legislativo la función de crear leyes; al Organismo Judicial la de aplicarlas y declarar los derechos en los casos controvertidos que se someten a su conocimiento y al Organismo Ejecutivo la facultad de gobernar y administrar; la división de poderes es la columna vertebral del esquema político republicano y es además, el rasgo que mejor define al gobierno constitucional, cuya característica fundamental es la de ser un gobierno de poderes limitados.

En este sentido, afirma el autor Porrúa Pérez Francisco, “el poder del Estado se expresa a través de las funciones que ejerce cada uno de los referidos órganos dentro del límite que la misma Constitución y leyes les fijan. La estructura del Estado se



compone de órganos, pero como esta estructura estatal es compleja, requiere, igualmente, la existencia de una pluralidad de órganos.”¹

El jurista guatemalteco Calderón Morales Hugo Haroldo, indica que la administración pública “es el conjunto de órganos administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin (bienestar general), a través de los servicios públicos (que es el medio de que dispone la administración pública para lograr el bienestar general).”²

Leonard White, citado por el tratadista Calderón Morales Hugo Haroldo, define a la Administración Pública como “las operaciones que tiene como propósito la realización o cumplimiento de la política pública: Un sistema de administración pública es el conjunto de leyes, reglamentos, prácticas, relaciones, códigos y costumbres que prevalecen en un momento y sitio determinados para la realización y ejecución de la política pública.”³

Para el jurista guatemalteco Calderón Morales Hugo Haroldo, “la administración pública contiene los elementos:

- a) **El órgano administrativo:** Son todos aquellos órganos que pertenecen a la administración pública, que son el medio o el conducto por medio del cual se manifiesta la personalidad del Estado.
- b) **Actividad:** Los órganos de la administración pública desarrollan una actividad y esta actividad se desarrolla a través de la prestación de los servicios públicos a los cuales está obligada la administración pública, para el logro de su finalidad.
- c) **Finalidad:** Consiste en la realización del bien común o bienestar general.

¹ Porrúa Pérez, Francisco. **Teoría del Estado**. Pág. 370.

² Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo I**. Pág. 7.

³ **Ibíd.** Pág. 66.

d) **El Medio:** El medio que la administración pública utiliza para el logro del bienestar general o el bien común es el servicio público.”⁴

Siendo el órgano administrativo uno de los elementos importantes por el cual el Estado realiza sus funciones, el autor Diez Manuel María, determina los elementos siguientes:

- 1) **“Administradores o funcionarios públicos:** que lo constituyen los diferentes funcionarios o personas físicas que se encuentran a cargo de los órganos administrativos.
- 2) **Competencia:** la cual consiste en las facultades, atribuciones, funciones y responsabilidades que la ley le otorga a cada órgano administrativo, para que pueda actuar. Esta actuación deberá realizarla dentro de los límites que la misma ley le impone.
- 3) **Actividad material:** Es la que se ejecuta basada en planes, proyectos, programas, decisiones, resoluciones o hechos administrativos, con los cuales se logra la finalidad del Estado.”⁵

Es así como el Estado con el objeto de cumplir las ordenanzas y funciones que la Constitución le impone, necesita de una serie de órganos administrativos y de una serie de normas jurídicas, mismas que utilizará en beneficio de la colectividad.

En el preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala, se establece el principio de que el Estado es responsable de la promoción del bien común, y así lo define Castillo González Jorge Mario, “el interés público, interés social e interés general, es aquel que se logra con la colaboración de todos los miembros de la sociedad, y a la

⁴ **Ibíd.**

⁵ Diez, Manuel María. **Derecho administrativo.** Pág. 23.

vez aquel bien de todos, del que todos y cada uno, deben participar.”⁶ Platón, citado por Castillo González Jorge Mario, decía que “el bien común es aquel que trasciende los bienes particulares, en tanto que la felicidad global o del estado es superior y hasta cierto punto, independiente de la felicidad de los individuos. Aristóteles afirmaba que el Estado debe proporcionar a cada uno de los hombres lo necesario para su bienestar y felicidad como ciudadanos.”⁷

Este principio se concretiza en el Artículo 44 de la Constitución, al establecer que el interés social prevalece sobre el particular, sin caer en arbitrariedades o acciones que afecten los derechos fundamentales de las personas; en caso que así sean estas ordenanzas, mandatos o leyes serán nulas ipso jure.

Así también este principio se ve concretizado en el Artículo 4 de la Ley del Organismo Ejecutivo, al establecer que el fin supremo del Estado es el bien común y las funciones del Organismo Ejecutivo han de ejercitarse en orden a su consecución y con arreglo a los principios de solidaridad, subsidiaridad, transparencia, probidad, eficacia, eficiencia, descentralización y participación ciudadana.

El Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que es deber del Estado garantizar a los habitantes de la república la vida, la libertad, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. En virtud de que la organización fundamental está diseñada en la constitución, a través del servicio público, éste debe ser entendido como la organización y el acto o los actos encaminados a cumplir con la finalidad del aparato estatal en la satisfacción de las necesidades individuales o colectivas de la persona.

⁶ Castillo González, Jorge Mario. **Derecho administrativo, teoría de la administración.** Pág. 8.

⁷ **Ibíd.** Pág. 9.



Para finalizar, la Convención Interamericana Contra la Corrupción en el Artículo I, define la función pública así: Para los fines de la presente Convención, se entiende por: Función Pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

Se puede decir entonces que la función pública, es aquella actividad que realiza el Estado, valiéndose de las normas jurídicas, las cuales a su vez le dan facultades y le limitan sus acciones, de los órganos administrativos con sus respectivas facultades, por el medio que es el servicio público para concluir con la realización del fin que la Constitución le impone, es decir el bienestar general.

1.2. El servicio público

Para el jurisconsulto de derecho administrativo y derecho procesal Godínez Bolaños Rafael, "la administración pública tiene como fin principal, la satisfacción de las necesidades sociales por imperativo constitucional. Esto significa que toda su actividad (planificación, decisión política, ejecución, consultoría y asesoría, fiscalización y control), deben dirigirse a esa finalidad. El instrumento para lograr la satisfacción de las necesidades sociales es el servicio público.

Los órganos del Ejecutivo, las entidades descentralizadas y autónomas, satisfacen necesidades sociales en nombre del Estado, utilizando los recursos materiales que se obtienen del pago de las cargas impositivas que tiene la población. Así, se logra la satisfacción por medio de actividades directas del Estado -servicios públicos directos-; por ejemplo hospitales, escuelas, energía eléctrica, agua potable, puertos, aeropuertos, etc.

En otros casos, el Estado recibe la ayuda de los particulares para satisfacer esas necesidades, unas veces sin ánimo de lucro -entidades de beneficencia, bomberos voluntarios, cruz roja, etc.- y otras, como es la tendencia actual en Guatemala, a través de particulares que obtienen un margen de utilidad.”⁸

1.2.1. Antecedentes del servicio público

Los juristas Ramírez Fernández William y Nadezhda Vásquez Cucho, “Los servicios públicos son consecuencia de la cultura y el grado de desarrollo alcanzado por una sociedad; por ejemplo, en los pueblos primitivos no existía ninguna prestación de esta índole; tampoco entre los pueblos de la Época Feudal, salvo que se entienda en forma muy amplia el servicio militar que el caudillo o reyezuelo podía imponer y las contribuciones en frutos o ganado que podía exigir.

La evolución sufrida por los diversos Estados, a partir del final de la segunda guerra mundial, ha motivado una serie de cambios en el funcionamiento del mismo. En un principio, por la misma fisonomía de intervenir lo menos posible en las actividades económicas y sociales, el Estado poseía una administración bastante limitada que operaba esencialmente a través de las dependencias directas o centralizadas para la prestación de los servicios públicos o bien con el auxilio de organismos privados, generalmente empresas mercantiles, a los que otorgaba concesiones para la prestación de algunos de estos servicios, de manera que la descentralización, especialmente en cuanto implicaba la delegación de ciertas facultades o atribuciones a la autoridad, y

⁸ Godínez Bolaños, Rafael. **Servicios públicos y servicios sociales.** Pág. 21.

cierto grado de autonomía, sólo se concibió en cuanto a la descentralización territorial, y escasamente en cuanto a los servicios mismos.”⁹

1.2.2. Definiciones de servicio público

A opinión propia, la definición del autor Godínez Bolaños Rafael, reúne todos los elementos de los servicios públicos indicando que “es el conjunto de actividades que desarrolla el Estado en forma directa o indirecta, con la finalidad de satisfacer necesidades sociales, atendiendo a la población por imperativo constitucional a cambio del pago de impuestos, tasas y demás contribuciones que pagan los administrados.”¹⁰

Para Hauriou, mencionado por el tratadista guatemalteco Calderón Morales Hugo Haroldo, define el servicio público como “un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de necesidades públicas.”¹¹

1.2.3. Elementos de los servicios públicos

Según la definición del autor Calderón Morales Hugo Haroldo, indicada anteriormente los servicios públicos contienen los elementos siguientes:

- a) “Servicio técnico, quiere decir que en todo servicio público debe existir una técnica; la actividad jurídica puede estar asociada a la actividad técnica, desde que una no excluye la otra.

⁹ Ramírez Fernández, William y Nadezhda Vásquez Cucho. **Manual de delitos cometidos por funcionarios públicos en el código penal guatemalteco.** Pág. 28.

¹⁰ Godínez Bolaños, Rafael. **Ob. Cit.** Pág. 22.

¹¹ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Ob. Cit.** Pág. 63.



Donde la actividad jurídica no está al servicio de una actividad técnica, se está en presencia de una actividad política, por ejemplo cuando se legisla o cuando se juzga.

- b) Regular y Continuo, es el signo exterior de su funcionamiento; es lo que hace visible la idea de servicios, es decir, dar al público comodidad.
- c) Prestado al Público, es decir a todos los habitantes considerados individualmente iguales, igualdad que motiva la organización de los servicios públicos.
- d) Satisfacer una necesidad pública, el servicio prestado debe satisfacer una necesidad de interés general. No puede organizar servicios públicos para satisfacer intereses particulares.
- e) Organización pública, el servicio público es un organismo compuesto de autoridades administrativas que representan el elemento poder y de funcionarios, empleados o agentes de ejecución que representan el elemento competencia técnica. Ambos, autoridad y agente, están unidos y ordenados por reglamentos y circulares que los determinan y sancionan.”¹²

1.2.4. Características de los servicios públicos

El autor Godínez Bolaños Rafael, establece que “las características de los servicios públicos son:

¹² **Ibíd.** Pág. 203.

- a) **Continuidad:** El servicio debe prestarse continuamente y la ley prohíbe la suspensión injustificada de los mismos (Artículos 116 y 120 de la Constitución Política de la República de Guatemala)

- b) **Regularidad:** Deben prestarse en forma eficiente y según la demanda de la población, de acuerdo con los reglamentos que lo regulan, que pueden modificarse constantemente, para adecuarlos a la realidad social.

- c) **Generalidad:** Debe abarcarse todo el territorio del Estado en condiciones de igualdad, comodidad y uniformidad para todos los habitantes, sin discriminación y sin desviarlos a los intereses personales de los encargados de prestarlos; para el efecto deben ser accesibles para toda la población y con tarifas justas.

- d) **Obligatoriedad:** Característica esencial, porque es obligación constitucional del Estado, la prestación de los servicios públicos, obligación que se extiende a las municipalidades, a las entidades autónomas (Instituto Guatemalteco de Seguridad Social -IGSS-, Universidad de San Carlos de Guatemala -USAC-, Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala -CDAG- y otras) y a las Regiones. (Artículos 253, 255, 257 de la Constitución)¹³

1.2.5. Clases de servicios públicos

El letrado Godínez Bolaños Rafael, ilustra varias clases de servicios públicos, siendo los siguientes:

- a) **“Por el ente que los presta:** Directos o indirectos. Los servicios públicos directos los organiza y mantiene el Estado por medio de sus dependencias y

¹³ Godínez Bolaños, Rafael. **Ob. Cit.** Pág. 51.

entidades. Los servicios públicos indirectos, los prestan particulares mediante autorizaciones y concesiones, con tarifas controladas por el Estado y subsidios en casos de necesidad, para no interrumpirlo ni elevar las tarifas.

- b) Por su importancia:** Esenciales y no esenciales. Los esenciales, son de existencia necesaria para vivir, no pueden dejar de prestarse, como el agua potable, la energía eléctrica, la salud, comunicaciones, etcétera. Los no esenciales o discrecionales, pueden no prestarse sin afectar a la población y son el resultado de la vida moderna (transporte de lujo, recreación no popular, comunicaciones especiales, etc.)
- c) Por su continuidad:** Permanentes y no permanentes. Hay servicios que no pueden interrumpirse durante todo el año, son permanentes (agua potable, energía eléctrica, hospitales, educación). Los servicios no permanentes, son accidentales o de emergencia y se prestan por disturbios sociales o por desastres naturales (vacunaciones, traslado de personas, reconstrucción, etc.)¹⁴

Para concluir, los servicios públicos son el medio que el Estado tiene para cumplir con sus fines, es decir el bienestar general o bien común; debe ser prestado obligatoriamente ya sea en forma directa o indirecta, es decir a través de los órganos centralizados o descentralizados o en virtud de contratos administrativos.

1.3. Los servidores públicos y las normas jurídicas que regulan su actuar

Como ya se mencionó, el servicio público es el medio que el Estado utiliza para la realización del bien común, la satisfacción de las necesidades de los habitantes de un

¹⁴ **Ibíd.** Pág. 84.



país; este servicio público es prestado por los servidores públicos o empleados del Estado.

Según lo establece el Artículo 1 del Reglamento de la Ley de Servicio Civil, se consideran como servidores públicos o trabajadores del Estado:

- a) **Funcionario público:** La persona individual que ocupa un cargo o puesto, en virtud de elección popular o nombramiento conforme a las leyes correspondientes, por el cual ejerce mando, autoridad, competencia legal y representación de carácter oficial de la dependencia o entidad estatal correspondiente.

- b) **Empleado público:** La persona individual que ocupa un puesto al servicio del Estado en las entidades o dependencias regidas por la Ley de Servicio Civil, en virtud de nombramiento o contrato expedidos de conformidad con las disposiciones legales, por el cual queda obligado a prestar sus servicios o ejecutar una obra personalmente a cambio de un salario, bajo la dirección continuada del representante de la dependencia, entidad o institución donde presta sus servicios y bajo la subordinación inmediata del funcionario o representante.

Así mismo establece que no se considerarán funcionarios o empleados públicos, aquellos que sean retribuidos con honorarios por prestar servicios técnicos o profesionales conforme la Ley de Contrataciones del Estado.

Según Godínez Bolaños Rafael, “el funcionario público es el que ostenta un puesto superior en la administración del Estado, por elección o nombramiento, realizando una



distinción entre éste y el llamado burócrata, empleado o trabajador público, quien realiza sus funciones bajo la supervisión del primero. El conjunto de estas personas se le deben denominar servidor público.”¹⁵

Olaizola Nogales, citado por el autor Godínez Bolaños Rafael, establece la definición de funcionario público de la siguiente forma, “toda persona individual, incorporada al Estado o a cualquier otra administración pública a la que presta sus servicios en un régimen de derecho público.”¹⁶

El Artículo I de la Convención Interamericana Contra la Corrupción proporciona la definición de funcionario público, oficial gubernamental o servidor público indistintamente, como: 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.

Para efectos penales, el Artículo 1 numeral 2 de las Disposiciones generales del Código Penal, define 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. 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.

Por otra parte se menciona en algunas leyes la denominación de dignatario, que según se deduce de lo preceptuado en los Artículos 155 y 161 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se refiere a los diputados al Congreso de la República.

¹⁵ **Ibíd.** Pág. 91.

¹⁶ **Ibíd.**

Como se puede observar en las definiciones proporcionadas por los autores citados, los servidores públicos o empleados del Estado, están divididos en dos categorías, funcionarios públicos que desempeñan representación del Estado, tienen mando y ocupan jerárquicamente una posición superior; los empleados públicos, en el desempeño de su trabajo, igualmente para el Estado, obedecen órdenes de sus superiores, hacen el trabajo burocrático y están situados en una posición jerárquica inferior, sin embargo en algunas normas indistintamente se refiere a empleados públicos y/o funcionarios públicos; y los dignatarios son los diputados al Congreso de la República, electos por el pueblo y representantes de la nación.

1.4. Principales leyes que regulan el actuar de los funcionarios públicos

Como se verá a continuación, el actuar de los servidores públicos, ya sean dignatarios, funcionarios públicos, empleados públicos, o quienes se encuadren en estas categorías de conformidad con las leyes, está regulada en diferentes leyes así:

1.4.1. La Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala, como ley fundamental del país, establece principios, derechos y obligaciones relacionadas a servidores públicos cuando desempeñan sus cargos, por ejemplo derecho a vacaciones, derecho a indemnización, derecho a huelga, etc.

Así como existen derechos para los trabajadores del Estado o servidores públicos, también existe una serie de normas preceptivas e imperativas, como por ejemplo: Se estipula en los Artículos 107 y 154 de la norma indicada, que los trabajadores del



Estado están al servicio de la administración pública y nunca de partido político, grupo, organización o persona alguna.

En su actuar los funcionarios públicos deben sujetarse a los preceptos que las leyes estipulan y jamás superiores a ella. Así también, se estipula que ningún funcionario o empleado público, civil o militar está obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito. (Artículos 154 y 156)

Por otra parte, la Constitución Política de la República regula la responsabilidad de los servidores públicos cuando infringen la ley, al establecer en el Artículo 155, que cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren.

La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos, podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término será de veinte años.

La responsabilidad criminal se extingue, en este caso, por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena. Ni los guatemaltecos ni los extranjeros, podrán reclamar al Estado, indemnización por daños o perjuicios causados por movimientos armados o disturbios civiles.

1.4.2. Ley de Servicio Civil

Ley Ordinaria según la pirámide de Kelsen, tiene como propósito regular las relaciones entre la administración pública y sus servidores, con el fin de garantizar su eficiencia, asegurando a los mismos, justicia y estímulo en su trabajo y establece las normas para la aplicación de un sistema de administración de personal.



Esta ley en el Artículo 4 proporciona, el concepto de servidor público, indicando que es la persona individual que ocupa un puesto en la administración pública, en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo legalmente establecido, mediante la cual queda obligado 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. El Artículo 10 de la Ley de Servicio Civil, estipula que es responsabilidad de los Ministros de Estado y de los funcionarios que dirigen las dependencias incorporadas al régimen de Servicio Civil, cumplir y hacer que se cumpla esa ley, en sus dependencias respectivas.

En los Artículos 31, 32, 33 y 34 de la referida ley, se indica la clasificación de los tipos de servicio al Estado en que se encuentran los funcionarios públicos: 1 Servicio exento, 2 Servicio sin oposición y 3° Servicio por oposición.

El servicio exento no está sujeto a las disposiciones de esta ley y comprende los puestos de:

1. Funcionarios nombrados por el Presidente a propuesta del Consejo de Estado,
2. Ministros y Viceministros de Estado, secretarios, subsecretarios y consejeros de la Presidencia de la República, directores generales y gobernadores departamentales,
3. Funcionarios y empleados de la Carrera Diplomática de conformidad con la Ley Orgánica del Servicio Diplomático de Guatemala,
4. Tesorero General de la Nación,



5. Escribano de Gobierno,
6. Gerente de la Lotería Nacional,
7. Funcionarios del Consejo de Estado,
8. Registradores de la propiedad y personal correspondiente,
9. Inspector General de Trabajo,
10. Funcionarios de la Presidencia de la República que dependan directamente del Presidente,
11. Miembros de los cuerpos de seguridad,
12. Personas que sean contratadas para prestar servicios interinos, ocasionales o por tiempo limitado por contrato especial,
13. Empleados de la Secretaria de la Presidencia de la República,
14. No más de diez funcionarios o servidores públicos en cada Ministerio de Estados, cuyas funciones sean clasificadas de confianza por los titulares correspondientes,
15. Personas que desempeñen cargos ad honorem.

En el servicio sin oposición, comprende los puestos de:

1. Asesores técnicos,
2. Asesores jurídicos,



3. Directores de hospitales, pero los miembros de ese servicio están sujetos a todas las disposiciones de esta ley, menos a aquellas que se refieran a nombramiento y a despido.

El servicio por oposición incluye a los puestos no comprendidos en los servicios exentos y sin oposición y que aparezcan específicamente en el sistema de clasificación de puestos del servicio por oposición que establece la ley.

El Artículo 66 establece prohibiciones especiales impuestas a los funcionarios públicos, sin embargo, las que se considera más importantes acorde al presente trabajo, son:

1. Solicitar o recibir dádivas, regalos o recompensas de sus subalternos o de los particulares y solicitar, dar o recibir dádivas de sus superiores o de los particulares, con el objeto de ejecutar, abstenerse de ejecutar o ejecutar con mayor esmero o retardo cualquier acto inherente o relacionado con sus funciones. Estas conductas, inclusive, se encuentran tipificadas como delito, como se verá más adelante.
2. Ninguna persona podrá desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de quienes presten servicios en centros docentes o instituciones asistenciales y siempre que los horarios sean compatibles.

Por último, otro aspecto considerado importante estipulado en esta ley, es lo relacionado con el régimen disciplinario, imponiendo a los servidores públicos las siguientes sanciones administrativas:

- a) Amonestación verbal,

- b) Amonestación escrita,
- c) Suspensión en el trabajo sin goce de sueldo hasta por un máximo de treinta días en un año calendario,
- d) Suspensión del trabajo sin goce de sueldo, en los casos de prisión preventiva.

1.4.3. Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios Públicos y Empleados Públicos

El Artículo 1 de esta ley, establece que la misma tiene como 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; 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 o valores públicos, determinando la responsabilidad en que incurran.

El Artículo 4 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, enumera a los sujetos que se consideran como funcionarios públicos:

- a) Los dignatarios, autoridades, funcionarios o empleados públicos que por elección popular, nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo presten sus servicios en el Estado, sus organismos, los municipios, sus empresas y entidades descentralizadas y autónomas.

- b) Los miembros de juntas directivas, directores, gerente, administradores y demás personas relacionadas con la recaudación, custodia, administración, manejo e inversión de fondos y valores de las asociaciones, fundaciones y demás entidades o personas jurídicas que reciban aportes o subvenciones del estado o de sus instituciones del municipio o que efectúen colectas públicas.
- c) Los directivos y demás personas de comités, asociaciones y patronatos autorizados conforme a la ley para recaudación y manejo de fondos para fines públicos y beneficio social y/o que perciban aportes o donaciones del Estado, de sus instituciones, del municipio o entidades, nacionales o extranjeras, de cualquier naturaleza para los mismos fines; así como las demás personas que intervengan en la custodia y manejo de dichos valores.
- d) Los contratistas de obras públicas que inviertan o administren fondos del Estado, sus organismos, municipalidades y sus empresas, y de entidades autónomas y descentralizadas.

1.4.4. Código Penal

En las Disposiciones generales del Código Penal, se estipula que para 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. Asimismo, proporciona un concepto de funcionario público, indicando 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.

En el Capítulo II del Título XIII del Código Penal, se encuentran tipificados aquellos delitos en los cuales el sujeto activo es un funcionario o empleado público, que realiza las conductas antijurídicas actuando en el ejercicio de sus funciones o dentro de los límites de las mismas. Los delitos son: Abuso de autoridad, incumplimiento de deberes, desobediencia, denegación de auxilio, revelación de secretos, resoluciones violatorias a la constitución, detención irregular, abuso contra particulares, anticipación de funciones públicas, prolongación de funciones públicas, restitución de emolumentos, abandono de cargo, abandono colectivo de funciones, cargos o empleos, infracción de privilegio, nombramientos ilegales, usurpación de atribuciones, violación de sellos, falsedad de despachos telegráficos, radiográficos o cablegráficos, allanamiento ilegal, responsabilidad del funcionario, inobservancia de formalidades y el consumo ilícito de bebidas alcohólicas o fermentadas.

En los delitos tipificados en el Capítulo III del Título XIII se encuentran el cohecho pasivo, siendo el sujeto activo el funcionario o empleado público, el cohecho activo, siendo el ejecutor del delito un particular; por último la aceptación ilícita de regalo que se refiere a un funcionario público.

En esta sección del Código Penal se encuentran los delitos de peculado, peculado culposo, malversación e incumplimiento de pago. (Capítulo IV del Título XIII del Código Penal)

Entre las denominadas negociaciones ilícitas que estipula el Código Penal, se encuentran: la concusión, el fraude, las exacciones ilegales y el cobro indebido. (Capítulo V del Título XIII del Código Penal). Estas conductas que son reprochables por

la ley penal, tienen impuestas penas más severas a las administrativas, por ejemplo: privativas de libertad, multas, inhabilitaciones especiales y otras.

El autor Cuello Calón Eugenio, enumera y explica los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos así: “Prevaricación cometida por jueces, prevaricación cometida por funcionarios públicos, prevaricación cometida por abogados y procuradores, infidelidad en la custodia de presos, infidelidad en la custodia de documentos, violación de secretos, desobediencia, denegación de auxilio, anticipación prolongación y abandono de funciones públicas, usurpación de atribuciones y nombramientos ilegales, abusos contra la honestidad, cohecho, malversación de caudales públicos.”¹⁷

1.4.5. Código Procesal Penal

El Decreto Número 51-92 Código Procesal Penal, en la sección primera del capítulo II del libro I, estipula la clasificación de la acción penal, es decir en acción pública, acción pública dependiente de instancia particular y la acción privada.

La acción pública es la ejercida de oficio por el Ministerio Público, en representación de la sociedad, en todos los delitos de acción pública.

La acción pública dependiente de instancia particular, es la que ejerce el órgano acusador del Estado, es decir el Ministerio Público, pero que depende del accionar del particular, salvo cuando mediaren razones de interés público, el Artículo 24 enumera los delitos catalogados como de acción pública dependiente de instancia particular.

¹⁷ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal, parte especial.** Pág. 396.



Por último la acción privada es la ejercida por el Ministerio Público únicamente por acusación de la víctima, y el Artículo 24 Quáter enumera los delitos clasificados como de acción privada. Lo que es importante recalcar es la importancia que se da en esta ley, a la acción de un servidor público, ya que la misma estipula en el Artículo 24, que la Acción pública dependiente de instancia particular, será de acción pública cuando fueren cometidos por funcionario o empleado público en ejercicio o con ocasión de su cargo. (El subrayado es propio)

1.4.6. Ley en materia de antejuicio

Esta nueva ley (Decreto Número 85-2002 del Congreso de la República) que entró en vigencia el uno de febrero de dos mil tres, tiene por objeto crear los procedimientos para el trámite de las diligencias de antejuicio que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, se promuevan en contra de los dignatarios y funcionarios a quienes la Constitución Política de la República y las leyes conceden ese derecho.

Esta misma ley en el Artículo 3 proporciona una definición de antejuicio, así: El derecho de antejuicio es la garantía que la Constitución Política de la República de Guatemala o leyes específicas otorgan a los dignatarios y funcionarios públicos de no ser detenidos ni sometidos a procedimiento penal ante los órganos jurisdiccionales correspondientes, sin que previamente exista declaratoria de autoridad competente que da lugar a formación de causa, de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente ley.

Además, indica que el antejuicio es un derecho inherente al cargo, inalienable, imprescriptible e irrenunciable. Este derecho termina cuando el dignatario o funcionario



público cesa en el ejercicio del cargo y no podrá invocarlo en su favor aún cuando se promueva por acciones sucedidas durante el desempeño de sus funciones.

Esta norma ilustra que los dignatarios y empleados públicos poseen el privilegio de no ser perseguidos penalmente, previamente se realice un juicio previo, sin embargo, no debe olvidarse que como se indicó al inicio del presente trabajo, las personas que ocupen estos cargos, también deben cumplir con las obligaciones que la constitución y las leyes les imponen y que en caso de incumplimiento son objeto de sanciones tanto administrativas como penales, con agravación especial por el cargo que ocupan.

1.5. El notario como funcionario público

El fundamento en el que se impone la categoría de funcionario público al notario, es el Código Penal, ya que en el numeral 2 del Artículo 1 de la Disposiciones generales, literalmente establece: 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, sin embargo como se puede percibir de la lectura del presente párrafo, se le atribuye la calidad de funcionario público, es un momento especial, cuando los cometan en el ejercicio de su profesión.

Por otra parte, el Decreto Número 62-91 del Congreso de la República, Código de Ética Profesional, estipula en el Artículo 35 del capítulo VI, el actuar del abogado como funcionario público; indicando que el abogado en sus funciones como funcionario público, debe sujetarse a los principios de imparcialidad, independencia, estudio, participación política y decoro, que le sean aplicables en su actuar.

Concluyendo entonces en que el servidor público, es aquella persona que ocupa un puesto o cargo en algunos de los órganos del Estado, instituciones y otras, que realizan su actividad en nombre del Estado mismo y que esa actividad es en beneficio de la colectividad. Estos servidores públicos están divididos en funcionarios y empleados públicos; esta división se refiere al grado de mando que cada uno puede tener, es decir, que el funcionario público es aquel que tendrá no solo la representación del Estado sino que ejerce mando y autoridad en nombre del Estado, por consiguiente, merece obediencia siempre y cuando dicho mando sea conforme a las leyes y que no constituyan actos violatorios a las mismas. Por otra parte en la Constitución Política de la República de Guatemala, se da la categoría de dignatario a los diputados al Congreso de la República.

Por otra parte, existe otra clase de funcionarios públicos, como por ejemplo, el notario, los contratistas del Estado y otros que señala la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos.

1.6. Otros funcionarios públicos

Es importante anotar que en algunos casos la norma sustantiva realiza una extensión de la responsabilidad penal a personas particulares que no pueden ser consideradas como funcionarios públicos, tal es el caso del Artículo 441 del Código Penal en donde se hace extensiva la penalidad en el delito de cohecho pasivo a los árbitros, peritos o cualquier persona que desempeña, ocasional o permanentemente, una función o cargo público.

Otro caso que contempla es lo estipulado en el Artículo III de las Disposiciones generales del Código Penal, el cual establece la equiparación de agente de autoridad a



las personas que son propietarias de una finca rústica, extendiendo dicha prerrogativa a su representante legal, arrendatario, usufructuario, administrador o quien haga las veces, dentro de la circunscripción del inmueble de que se trate.

Así también el Decreto Número 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionario y Empleados Públicos, equipara como sujetos de responsabilidad, es decir como funcionarios públicos, a las siguientes personas:

- a) Los miembros de juntas directivas, directores, gerente, administradores y demás personas relacionadas con la recaudación, custodia, administración, manejo e inversión de fondos y valores de las asociaciones, fundaciones y demás entidades o personas jurídicas que reciban aportes o subvenciones del estado, de sus instituciones o del municipio o que efectúen colectas públicas.
- b) Los directivos y demás personas de comités, asociaciones y patronatos autorizados conforme a la ley para recaudación y manejo de fondos para fines públicos y beneficio social y/o que perciban aportes o donaciones del Estado, de sus instituciones del municipio o entidades nacionales o extranjeras, de cualquier naturaleza para los mismos fines; así como las demás personas que intervengan en la custodia y manejo de dichos valores.
- c) Los contratistas de obras públicas que inviertan o administren fondos del Estado, sus organismos, municipalidades y sus empresas y de entidades autónomas y descentralizadas, d) Los miembros de las Juntas Directivas, el o los propietarios de las empresas que construyan, produzcan, monten, instalen, mejoren, adicionen, conserven, restauren y administren una obra, bien o servicio público.



CAPÍTULO II

2. Corrupción

Previo a poder entrar de lleno a dar una definición de lo que es el término corrupción es necesario que se dé un breve acercamiento a dicho fenómeno de manera plural. Existen dos modos de considerar el conocimiento: como un comportamiento de la especie humana que, constantemente enfrenta a su creación, sabe la realidad de sí misma; o como una potencia de los sujetos, útil para la resolución de algún problema, en función de objetivos establecidos previamente.

La primera es una concepción reflexiva del saber: La última es una representación históricamente determinada, que lo proyecta como actitud técnica. El conocimiento y la investigación aparecen diseñados aquí desde un horizonte y en función de objetivos que reproducen la organización social del trabajo vigente. Pero entender la realidad en esos términos casi mecanicistas, por analogía con las reglas vigentes para los procesos de trabajo social, significa orientar el conocimiento únicamente a la satisfacción de necesidades que se presentan como técnicas y a partir de reglas también técnicas.

Pero también sucede que, cuando un problema tiene connotaciones políticas y su planteo debe hacerse cargo de respuestas acerca de lo que es justo y lo debido, o contiene cuestiones relativas al sentido o la finalidad de la vida de los hombres, el pensamiento científico así concebido pierde el rumbo y desconfía de sí mismo, porque se imagina ideología.

Cualquiera que sea la línea elegida, hay un límite insuperable: el proceso de investigación que organizan los sujetos, forma parte a través de los propios actos de conocimiento del mismo contexto objetivo que se intenta conocer.

De ello resulta además que el análisis de la interrelación entre conocimiento e interés debería apoyar la afirmación de que una crítica radical del conocimiento sólo es posible en cuanto a teoría de la sociedad. Sobre esta base se despliegan dos perspectivas en función del análisis de la corrupción. Una que la concibe desde una visión técnica y la otra, que la considera como un problema ético y político, emergente de conflictos históricos presentes en la sociedad.

2.1. Antecedentes históricos de la corrupción

En el antiguo testamento, Moisés enseña al pueblo de Israel: No aceptes soborno, porque el soborno ciega los ojos de los sabios y pervierte las palabras de los justos.

Hace referencia el tratadista Binder Barzizza Alberto, que “unos mil años más tarde, Confucio encontró que en China había un gobierno corrupto y empezó a sentar las altas normas morales que él creía que llevarían a una sociedad más armoniosa. Mil años después el Corán dice: ¡Oh, mi pueblo! poned vuestra fe plena en la justicia y no cometáis maldad en la tierra para no causar corrupción.”¹⁸

En la época de los grandes pensadores de tiempos remotos como Platón, Aristóteles, Talúcides y otros, el término corrupción tenía un sentido más amplio y genérico que el que se maneja en tiempos modernos; utilizaban el término para referirse más a la salud moral del conjunto de la sociedad, que a las acciones de las personas naturales que

¹⁸ Binder Barzizza, Alberto. **Corrupción y sistemas judiciales**. Pág. 5.



atentaran contra su propia moral y dignidad, en detrimento de los demás. Sin embargo, a medida que el espectro de la política se ha ampliado, la concepción de corrupción se ha estrechado.

Las sociedades se han secularizado y fragmentado; en muchos casos se concibe a estas, actualmente, más como una noción que abarca cualquier sistema coherente de valores; los temas éticos de la política giran más en torno a la manutención del libre juego de esta competencia que en torno a la búsqueda de fines morales básicos.

Las instituciones del gobierno se han vuelto tan intrincadas y los grupos sociales y sus programas tan diferenciados, que actualmente parece no existir una manera ni una razón para juzgar la corruptibilidad de todo un orden político. Se puede aplicar estas generalizaciones de manera desigual a las democracias, y tal vez no del todo a las sociedades en transición.

En cualquier caso, para la mayoría de los analistas, jueces, legisladores y participantes de la vida política, la corrupción se refiere actualmente a unas acciones específicas de individuos específicos (los que ocupan los cargos públicos) y aquellos que tratan de influir en ellos.

2.2. Definición de corrupción

El letrado Enríquez Carlos, la define como la “acción y efecto de corromper o corromperse, alteración, soborno o vicio en las cosas materiales.”¹⁹ De este concepto, sobre todo respecto a la primera parte, ha surgido la frase tan corrupto es el que da como el que recibe, y que incluso haciéndose eco de ello la ley sanciona con dureza a

¹⁹ Enríquez, Carlos. **Diccionario de introducción al derecho español.** Pág. 19.

ambas partes. Continúa manifestando Enríquez Carlos, al establecer como una de las definiciones del término corromper, “el hecho de sobornar o cohechar al juez o a cualquier persona, con dádivas o de otra manera.”²⁰

Con el objeto de comprender con mayor profundidad qué es un acto de corrupción, se considera pertinente recopilar inicialmente los conceptos y definiciones que se han dado a la palabra corrupción.

El autor Cabanellas Guillermo, cuando se refiere a la corrupción, indica que “equivale a destruir los sentimientos morales de los seres humanos, generalmente relacionada con fines sexuales.”²¹

El jurisconsulto Ossorio Manuel, menciona diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales que “corromper es la acción de sobornar, cohechar. Dañar, echar a perder. Pervertir, viciar. Seducción con propósito sexual a una mujer.”²²

Como se pueden observar los conceptos y definiciones anteriormente mencionadas se refieren en su mayoría a la conducta sexual de las personas; sin embargo, referente al objeto de estudio, es decir la conducta de los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones; la corrupción es el acto de dañar o echar a perder.

El letrado Laporta Francisco, Álvarez J. Silvia, definen la corrupción como “una conducta que se desvía de las obligaciones de orden público normales debido a intereses personales (familiares o de allegados) o beneficios monetarios o de orden

²⁰ **Ibíd.** Pág. 20.

²¹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho elemental.** Pág. 61.

²² Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 179.

social; o que viola normas respecto al uso de cierto tipo de influencias con fines personales.”²³

El tratadista Klitgaard Roberto, establece la siguiente definición: “La corrupción en términos generales, puede entenderse como la articulación de condiciones y acciones que hacen posible la utilización de bienes, espacios, servicios, instancias y procedimientos (privados o públicos) para beneficio propio y personal, en desmedro de los intereses generales o bien común.”²⁴

2.3. Factores que propician la corrupción

Es necesario hacer referencia sobre los factores y sus clases para mejor entendimiento del tema que se está tratando, siendo que los factores se dividen en internos y externos, por lo que se desarrollará cada uno.

2.3.1. Factores internos

Estos se refieren a las condiciones internas que se utilizan en nuestro medio en las instituciones, no cumpliendo con la normatividad existente en la misma, hace mención Ibarra Carmen Aída y Paz Archiva Carlos, por medio de la Fundación Mirna Mack que, “es notoria la existencia de mecanismos y procedimientos que, lejos de procurar transparencia, tienden a lanzar sobre las instituciones y las funciones sustantivas un espeso velo de oscuridad. Un ejemplo de ello es la falta de transparencia en la selección y nombramiento de jueces, magistrados y fiscales, agentes de la policía

²³ Laporta, Francisco y Álvarez, J. Silvia. **La corrupción política**. Pág. 27.

²⁴ Klitgaard, Roberto. **Cooperación internacional contra la corrupción**. Pág. 92.

nacional civil y guardias penitenciarios, lo que se debe en buena parte al incipiente desarrollo de las carreras judicial, fiscal y policíaca.”²⁵

Esto tiene como consecuencia que los cargos, muchas veces, son ocupados por personas no idóneas y que no responden a perfiles deseables de capacidad técnica, excelencia profesional, honorabilidad y actitudes éticas comprobadas. El resultado es que las instituciones son dirigidas por algunos funcionarios que velan por sus intereses y responden solamente a quienes los nombraron, además de que muestran severas deficiencias en el orden profesional y técnico.

Siguen expresando los mismos autores, que varios jueces y fiscales han sido duramente cuestionados por su conducta en procesos que afectan a personajes con poder político. Por ejemplo, se ha puesto en duda la capacidad, la voluntad y la autonomía de quienes integran la Fiscalía Contra la Corrupción, por su falta de efectividad en la investigación de los casos de corrupción que involucran a funcionarios de alto rango o con mucho poder político, extremo que a consideración propia no cierto, porque en la misma por ser parte de ella los casos son tratados en forma eficiente y diligentemente.

2.3.2. Factores externos

Estos factores son todos aquellos que son totalmente inherentes a la existencia de poderes ocultos y articulaciones criminales. Comentan los autores Ibarra Carmen Aída y Paz Archila Carlos que, “esto implica un aprovechamiento total de los problemas propios de la estructura, la organización y el funcionamiento interno de las instituciones, por ejemplo, las estructuras policiales encargadas de la investigación criminal se

²⁵ Ibarra, Carmen Aída y Paz Archila, Carlos. **El problema de la corrupción en el sistema de administración de justicia.** Pág. 13.

debaten entre la falta de capacitación y de profesionalismo, y la acción de agentes que responden no a la institución sino a las influencias externas de quienes desean, mediante el soborno a gran escala, comprar impunidad y protección.”²⁶

Tampoco son pocos los casos en los cuales se ha descubierto que agentes policiales, incluidos miembros del servicio de investigación criminal, pertenecen a bandas de asaltantes, secuestradores, etc., pero la corrupción no se presenta únicamente como un conjunto de hechos aislados cometidos por funcionarios carentes de moral, ávidos de tener un mayor ingreso monetario y gozar de granjerías.

La corrupción es todo un sistema, es a la vez medio y fin.

2.4. La percepción social de la corrupción

Considerado como tema exclusivo de la crónica y del ensayo periodístico, la sociedad puede imaginarse con una trama, conformada y renovada constantemente por la integración de muchas actividades diferentes. Aunque cada una de ellas tiene su propia sustancia, incluye los actores sociales correspondientes y sus espacios propios, todas ejercen una influencia recíproca. Pero algunas son preponderantes y determinan muchos rasgos de las restantes. Hay, por ejemplo, un lugar de la producción, los productores, sus intercambios, los servicios necesarios y el conjunto de los procedimientos que constituyen la base del sistema de las relaciones económicas.

El cuadro se repite respecto de cualquier otra actividad social. Hay también un espacio específico destinado a la enseñanza, la investigación, el análisis o la crítica, llenado por la actividad de las universidades y las restantes instituciones educativas culturales.

²⁶ *Ibíd.* Pág. 16.



Tiene una influencia enorme, por su función de aportar el conocimiento socialmente necesario. La sociedad produce una explicación acerca de todo y existen quienes formulan y debaten esas explicaciones.

Desde otro ámbito se crea socialmente la respuesta a las necesidades de orden y de control social. Se considera allí todo lo referido a las formas en que deben ser administrados los conflictos, y aún más allá, el tema de los fundamentos de la potestad punitiva que el Estado impone y el cómo, por qué y para qué pueden ser aplicados. Es un espacio cuyos actores deben hacerse cargo de lo vinculado con la preservación del orden y donde debería ser examinado el tema de la corrupción.

De acuerdo con la concepción tradicional del orden político occidental, estas actividades tienen su base social alrededor de la actividad de los tribunales, el congreso, el Ministerio Público, las facultades de derecho, la policía, etc.

Pero en América Latina, especialmente en países como la Argentina, México o Guatemala, sólo el periodismo parece asumir un cierto protagonismo en el tema de la corrupción, expresando las demandas sociales, legítimas o no, que se le vinculan.

Entre estos, hace mención el autor Vargas Oscar René, "los latinoamericanos han dado muestra de ser de los más sensibles a este fenómeno, que inicia precisamente cuando los sectores acomodados de poder son los que se encargan de la transición de gobiernos defectos a los nuevos modelos democráticos, a tal punto que, casi toda Latinoamérica arrastra hoy en día casos de corrupción en donde los implicados son las más altas autoridades de gobierno, Guatemala, Costa Rica, Chile, Argentina, Perú, Bolivia y otros, que incluso han llegado a crisis económicas, de altas repercusiones y que políticamente han optado en castigo al desencanto democrático de los Partidos

Tradicional en buscar la solución a sus problemas en opciones políticas caudillistas, populistas y/o nacionalistas generalmente de izquierda social y antiimperialista, como lo demuestran países como Argentina, Perú, Paraguay y recientemente Bolivia.”²⁷

Continúa mencionando Vargas Oscar René, “pero hay algo que inquieta alrededor del tema: la sensación de que no se dice todo y sólo se emplean razonamientos superficiales, argumentos que no son convincentes. Uno de ellos es la invocación a la creciente complejidad de la vida social y política, que explicaría las correlativas y también crecientes manifestaciones de la corrupción. Otro es la referencia inversa, pero complementaria, alusiva a la antigüedad del tema. Se sabe que Filipo de Macedonia se vanagloriaba de poder conquistar cualquier ciudad en la que lograra hacer entrar un burro cargado de oro.”²⁸

2.5. El problema en las ciencias sociales

Mientras tanto parece que, salvo excepciones, las instituciones de las ciencias sociales siguen en mora con el tema y con la sociedad. Ciertamente, la ciencia requiere más tiempo para alistar su discurso. Pero, al margen de la constatación, sería interesante y valioso debatir tanto los motivos por los cuales las ciencias sociales tiene dificultades para asimilar y analizar un tema como éste, como también las razones simétricas: aquellas por las cuales la sociedad admite el silencio académico, como si no esperara nada desde ese lado.

Así resulta que el periodismo cubre, en una forma aparentemente impropia, el vacío en el debate público alrededor del punto. Se dice impropia en el sentido aludido de que

²⁷ Vargas, Oscar René. **Círculos del infierno: corrupción, dinero y poder.** Pág. 305.

²⁸ **Ibid.**

este despliegue parece emerger disimulando la pasividad de otros actores sociales, ocupando el espacio que éstos abandonan.

Obviamente, el tema requiere un ámbito institucional que afecta y compromete instituciones. Hay lugares y actores que tienen socialmente asignada la función de asumir la cuestión. Debe explicarse la falta de resonancia del tema en las instituciones a las que debiera interesar.

La criminología parece haberlo abandonado sin completar su abordaje. Esta prescindencia es sospechosamente funcional. El oficio de los criminólogos debería ser el soporte teórico de la política criminal del Estado o por lo menos, el de su planificación. Debería también alimentar el debate judicial y académico, especialmente en momentos en que se implementa una importante reforma procesal, de un sentido y consecuencias últimas aún disueltas en una controversia, cuyas conclusiones no están todavía a la vista. Ese trabajo debería ser asimismo una instancia crítica de estos procesos, pero nada de ello ocurre.

El mutismo se vuelve expresivo. La inactividad académica revela un nivel y unas formas específicas de conciencia de la comunidad científica y de los círculos profesionales, que tiene a su cargo funciones de mediación entre la sociedad y estos problemas.

Las respuestas que la ciencia social ofrece actualmente sobre el tema de la corrupción parecen en algunos casos anacrónicos y en otros insuficientes. Están montadas sobre una consideración del tema como una de la vida cotidiana. Como si se tratara de episodios pertenecientes a la crónica policial, género que, por compartir todas estas características, sería también menor. La corrupción es mirada, desde estas



perspectivas limitadas, como una suerte de desajuste endémico de la economía, o se disuelve en las sociologías de la desviación. Por lo general, las respuestas provenientes de la criminología resultan oblicuas, porque el tema queda incluido dentro de los análisis dogmáticos de criminalidad económica cuando, en realidad, debiera ser al revés. Contribuyen a esta concepción la antigüedad y universalidad del fenómeno.

Ello contribuye a ocultar la cuestión importante: la gente padece las consecuencias de la corrupción, pero están también quienes las gozan. La riqueza adquirida no desaparece, se invierte de cierta forma y en determinados mercados; los flujos de capitales logrados tienen una circulación con sentidos determinados. No se trata de una visión conspirativa, sino que admite la necesidad de reconocer, en sus propias manifestaciones, la actuación de actores e intereses sociales concretos y por lo tanto, de identificar formas determinadas de hacer economía y política.

2.6. Corrupción administrativa

La palabra corrupción en su actual sentido social y legal, es la acción humana que viola las normas legales y los principios de la ética. Hay quienes al hablar de la corrupción se refieren a los actos deshonestos en que incurren los empleados del Estado. No es apropiado usar sólo esa palabra en ese sentido, pues las leyes incriminan y castigarán la corrupción de menores, y en los códigos morales los predicadores condenan la corrupción de las buenas costumbres.

La corrupción administrativa sería entonces el genérico de los delitos que se cometen en el ejercicio de un cargo público y que se clasifican jurídicamente en los términos, soborno o cohecho, la exacción, la concusión, tráfico de influencias, la malversación, el abuso del poder y el peculado.



2.7. Anomia y corrupción

Este permisivo dispositivo de canalización de dinero sin control ha permitido que la corrupción y la anomia (descomposición social) penetren en la actividad política libremente. Los medios nos tienen acostumbrados a los periódicos escándalos.

La corrupción en este campo indica el tratadista Cepeda Ulloa Fernando, se entiende como, “el mal uso y el abuso de poder, de origen público o privado, para fines partidistas o personales a través de la violación de normas de derecho.”²⁹

En otras palabras, la entrega de dinero o bienes, así como la prestación de servicios que se realizan en forma encubierta y/o ilícita a favor de un partido y/o candidato por una o más personas (natural, jurídica, nacional, extranjera o también autoridad o funcionario público) con el fin de obtener un beneficio posterior, para esto se respaldan en el tráfico de influencias. Sus manifestaciones son de múltiples cabezas; la infiltración de las mafias en las campañas han sido documentadas hasta judicialmente en los últimos años, siendo los casos de Italia y Colombia los más publicitados. Pero por todos lados el asunto aparece, aunque en la mayoría de los países la investigación no llega a sus últimas consecuencias, por un encubrimiento cómplice de los propios actores.

Hace referencia el autor Kaufmann Daniel, que “en España, la Comisión Parlamentaria de investigación del caso Flick concluyó que no hubo evidencias sobre el financiamiento externo del consorcio alemán; en Bolivia, la dirección de Acción Democrática Nacionalista expulsó a un importante dirigente por las sospechas de su relación con el narcotráfico y el ex-presidente Jaime Paz Zamora se retiró temporalmente de la vida

²⁹ Cepeda Ulloa, Fernando. **Análisis del delito de tráfico de influencias.** Pág. 23.



política, ante la denuncia de un narcotraficante de haber apoyado las campañas del partido; en el Perú, en 1980, Carlos Lamberg, vinculado al partido Aprista, fue procesado y sentenciado judicialmente por narcotráfico.”³⁰

En la última campaña presidencial en Guatemala, los grandes partidos políticos, se acusaron mutuamente de haber recibido ayuda del narcotráfico y del contrabando organizado, sin que se investigaran estas afirmaciones. Esto ha unificado una opinión en favor del control que los protagonistas en la mayoría de los casos se resisten a establecer formalmente y a aplicar adecuadamente donde se ha reconocido.

2.8. Corrupción y delincuencia organizada

Como punto de partida, debe tenerse en mente que la corrupción como todo fenómeno social, es dinámica y cambiante en sus formas, mecanismos y modalidades, al igual que los conceptos que se deben utilizar para definirla.

Continúa mencionando el autor Kaufmann Daniel que “numerosas sociedades a través de la historia, se han visto afectadas en su desarrollo por funcionarios gubernamentales corruptos que en forma banal, se han aprovechado de la posición que ocupan dentro de la administración pública para obtener provecho personal. Sin embargo, en las últimas décadas, se ha observado cómo este fenómeno ha proliferado alarmantemente en algunos países, hasta tornarse en un inevitable componente cuasi-estructural de la administración pública. Ha minado de esta forma, la confianza y la credibilidad en gobernantes y gobiernos y ha generado un cinismo y un oportunismo considerable en

³⁰ Kaufmann, Daniel. **Corrupción: los hechos, política extranjera.** Pág. 115.

medio de la ciudadanía que tienen como consecuencia la incapacidad de los Estados de alcanzar el bienestar de la comunidad; la estabilidad económica y la prosperidad.”³¹

2.9. Delimitaciones conceptuales

El problema de la corrupción en el gobierno, se encuentra en este momento universalmente reconocido como crucial en el manejo de la cosa pública. Sin embargo, un tratamiento responsable de la temática en consideración, impone necesariamente algunas precisiones conceptuales.

En lo que a esta investigación interesa, es importante recordar que, entre otras clasificaciones, los delitos pueden ser instantáneos, permanentes y continuados; materiales, formales y de pura actividad; de daño y de peligro; de comisión, de omisión y de comisión por omisión; comunes y políticos. Así mismo, que las acciones a que se hace referencia en el cuadro, son aquellas que a su respecto, se halla formulada una valoración social reprobatoria, descrita y delimitada por la ley.

Tomando en consideración que el delito no siempre es producto de la actividad de un solo hombre, con frecuencia a la realización de aquel, concurren varios sujetos. De manera tal, que la participación puede darse en la ejecución (autores propiamente dichos y coautores), en los que determinan a otros a cometer los delitos (instigadores) o bien en los que prestan al autor una cooperación indispensable (cómplices primarios).

Se agravan aquellos delitos en que participan dos o más individuos bajo la promesa de auxilio recíproco (conspiración, banda, cuadrilla, asociación ilícita y organizaciones

³¹ **Ibíd.** Pág. 118.

delictuales de hecho o de derecho tales como las mafias, la camorra, los carteles, la Yakuza y el terrorismo).

El autor Gallardo Laporta Miguel, indica que “la delincuencia organizada de empresa se da normalmente en sociedades legítimas que realizan conductas ilegítimas, para reducir costos y aumentar al máximo sus utilidades. Así mismo, tiende a especializarse por materia y campo de actividad del Estado, subsidios y otros privilegios; contratos estatales; infraestructura; vivienda; aduanas; banca; fisco, etc.”³²

Por su parte, Cepeda Ulloa Fernando, menciona “la delincuencia organizada profesional, perpetra sus actos en forma usual, a través de empresas ilícitas de hecho o de derecho. Tiende a utilizar la intimidación y la violencia, y están en condiciones de hacerlo.”³³

En tanto, Gallardo Laporta Miguel, se refiere a la delincuencia transnacional organizada como “el producto de las infracciones cuyo inicio, consumación o efectos directos, abarcan a más de una jurisdicción nacional. Se cometen invariable y exclusivamente en el plano transfronterizo. Generalmente, parte de las operaciones se realizan a nivel local, (Ejemplo: cultivo y procesamiento de la droga; enganche de emigrantes indocumentados) y parte a nivel internacional (distribución de los bienes, drogas, o trata internacional de personas). Existen dos modalidades en la delincuencia transnacional organizada a saber: la denominada Convencional, que abarca aspectos como la droga, la trata de personas, defraudación tributaria piratería y contrabando de bienes, vehículos etc.”³⁴

³² Gallardo Laporta, Miguel. **Estudio de la criminología en el Estado**. Pág. 84.

³³ Cepeda Ulloa, Fernando. **Corrupción y gobernabilidad**. Pág. 165.

³⁴ Gallardo Laporta, Miguel. **Ob. Cit.** Pág. 91.

Es un error querer analizar la corrupción como un delito común en cuanto a sus características típicas y no visualizarlo como un fenómeno delictual de organizaciones criminales,- de hecho o de derecho, de carácter nacional o transnacional. Bien se puede afirmar que la corrupción, es el punto focal, el punto de unión, en el que descansan las diversas modalidades de delitos típicos del crimen nacional y transnacional organizado, es lo que los hace posibles.

Según el autor Kaufmann Daniel, “cada vez que se consuma un hecho delictivo del tipo analizado, bien sea por comisión, omisión o comisión por omisión, hay una función pública violentada. Algunas de las múltiples formas que puede adoptar son:

- Aceptación de dinero, recompensas o regalos por el otorgamiento o adjudicación de un contrato, violación de las etapas procedimentales para acelerar la consecución de intereses personales (pueden incluir el retraso en la ejecución de ciertos programas de desarrollo, trazado de caminos y carreteras, etc.)
- Subvenciones a cambio de la promulgación de legislación interesada.
- Distracción de recursos públicos para uso privado.
- Distracción de recursos públicos para fines político-electorales financiamiento de actividades político-partidarias y provisión de empleos (botellas) a la clientela particular de determinado grupo político)
- Intervención ilegítima en la resolución de procesos judiciales.
- Impunidad sistémica.
- Nepotismo.

- Tráfico de influencias y mantenimiento de privilegios e incentivos odiosos que favorecen normalmente a las clases gobernantes y socialmente poderosas.
- Establecimiento de sobrepuestos en la ejecución de proyectos.
- Recolección y fraudes tributarios, etc.”³⁵

En la corrupción organizada, funcionarios de aduana y/o de control de puestos migratorios, participan necesariamente en los ilícitos relacionados con los diferentes tipos de tráfico internacional, a saber: el contrabando, el tráfico de drogas, mercancías robadas, el tráfico de desechos nucleares, el de armas y explosivos, etc.

Es frecuente en este tipo de delitos que las diferentes clases de organizaciones criminales, sean dueñas a su vez de empresas de transporte y/o de importación y exportación. Corrientemente, autoridades locales de los cuerpos de investigación y prevención policial, de migración y extranjería y en algunas oportunidades, de los ministerios o secretarías de trabajo, están relacionados con la falta de prevención y/o control en la trata de seres humanos y su respectiva explotación física, ya sea en forma de prostitución a manos de organizaciones delictivas, o bien de patronos inescrupulosos que los emplean como trabajadores sin garantías, baratos e indocumentados.

Por otra parte, para consumir actos relacionados con evasión tributaria, el blanqueo de dinero, desvíos de fondos públicos, construcción de obras de infraestructura que no cumplen los requisitos acordados, etc. Es requisito sine qua non, -engrasar- las manos de uno o varios funcionarios públicos y fomentar, estrechos vínculos de cooperación

³⁵ Kaufmann, Daniel. **Ob. Cit.** Pág. 103.

con el personal que labora en el sistema financiero y en las superintendencias encargadas de controlarlo.

No debe olvidarse que a fin de garantizar su impunidad, la criminalidad organizada debe socavar el Estado de derecho imperante y estimular la corrupción judicial. Es notable la reincidencia de actos corruptos en determinados sectores de la administración pública. Perfectamente, dándole seguimiento a sendos reportajes periodísticos aparecidos en el transcurso de varios años, se pueden evidenciar diversos focos de corrupción gubernamental. Sin embargo, en un evidente incumplimiento de deberes en estos casos, culposos y/o dolosos, por una parte, los jefes institucionales se han quedado impávidos, sin tomar las acciones pertinentes para frenar y controlar la corrupción y por otra, el Ministerio Público no ha asumido acciones efectivas que permitan frenar su impunidad.

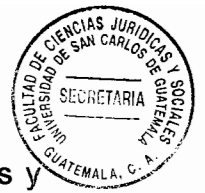
2.10. Consecuencias de la corrupción

Aquellos individuos y empresas que están dispuestos a pagar por la asignación preferente o el otorgamiento de beneficios jugosos, sobre aquellos que utilizan simplemente los criterios y procedimientos legalmente establecidos o Los funcionarios públicos, generalmente mal pagados y mal supervisados, que imponen a los usuarios de sus servicios, retrasos injustificados y trabas en los procedimientos, a cambio de los sobornos que reciben. Estos actúan como bonos de incentivo salarial.

Empresas y empresarios que a través de actos corruptos, reducen los costos empresariales establecidos por el Gobierno a través de impuestos, cargas aduaneras y otras regulaciones tributarias y fiscales.

Los delincuentes comunes, profesionales y del crimen organizado, por cuanto, los sobornos estimulan sus actividades criminales y la impunidad de que gozan. El autor Kaufmann indica que “entre las principales consecuencias de la corrupción se encuentran las siguientes:

- Afecta el desempeño gubernamental (eficacia y eficiencia).
- Torna la administración ineficaz para responder a las necesidades públicas.
- Afecta la disponibilidad de los recursos públicos especialmente aquellos destinados a los programas sociales, perpetuando las disparidades. (Reduce los gastos en educación y salud por cuanto éstos no se prestan con facilidad a las prácticas corruptas.)
- Reduce la productividad de la inversión pública y de su infraestructura. (Reduce la inversión de operación y mantenimiento de las obras públicas por las mismas razones antes apuntadas.)
- Reduce la inversión extranjera por cuanto la corrupción tiene el mismo efecto que los impuestos, opera como tal, aumenta los costos y crea incertidumbre.
- Aumenta el gasto público, por cuanto los proyectos de inversión pública fácilmente se prestan a manipulaciones de los jefes en la consecución de sobornos. Los jefes de la administración pública, gozan de excesiva discrecionalidad en la toma de decisiones relacionadas con los proyectos de inversión. (Distorsiones en su ejecución, costos, tamaño y composición. Los proyectos no se justifican por criterios objetivos de inversión ni mediante análisis de costo / beneficio).



- Aumenta el déficit fiscal y en general, los costos económicos, administrativos y sociales. Distorsiona el gasto público en la compra de bienes y servicios.
- Reduce los índices de crecimiento como consecuencia directa de la reducción de la inversión.
- Aumenta la pobreza por cuanto reduce las posibilidades de producir ingresos a los pobres.
- Mina y debilita los procesos de la administración pública al crear líneas paralelas de autoridad a las formalmente establecidas.
- Afecta la moral general del servicio público.”³⁶

2.11. La corrupción y la ética

Para poder abordar los alcances que el fenómeno de la corrupción ha llegado alcanzar en los últimos años, se ha decidido volver a fomentar una serie de valores y principios morales que se estima se han ido perdiendo en las sociedades modernas, en Guatemala por ejemplo podemos apreciar este esfuerzo, a nivel estatal tanto en el campo puramente penal, como la implementación del Código de Ética para los empleados del Organismo Judicial, como a nivel del Ejecutivo, reforma educativa que prioriza valores, creación de la figura del comisionado de la transparencia, el portal Guate-compras, entre otras, medidas todas que tienden a fomentar una imagen de credibilidad que hace mucho tiempo la ciudadanía ha perdido en sus autoridades. Por ello es importante esta particular conexión entre la ética y/o la corrupción.

³⁶ **Ibíd.** Pág. 109.

Para Cabanellas Guillermo, "la ética es la convicción humana de que no todo vale por igual, de que hay razones para preferir un tipo de actuación a otros."³⁷ A partir de las constantes denuncias de corrupción de nuestra Latinoamérica contemporánea, la ética, disciplina que antes estaba reservada sólo a la filosofía, se ha convertido en una demanda común de nuestras sociedades.

Entiéndase bien que la demanda ética no sólo se focaliza al gobierno que, como representante de la mayoría, es quien debe dar el ejemplo sino también a toda la oposición (que representa al resto de la sociedad). Hoy la clase política está sospechada de corrupta, no porque todos roben sino porque muestran una imagen de autores, cómplices, encubridores o lo que es peor aún, indiferentes.

La contraloría general de cuentas en su proyecto de ética moral pública y lucha contra la corrupción, define la ética como "el campo de la teoría filosófica que averigua los fundamentos racionales de las conductas y prácticas humanas y sociales. Cada grupo humano, en su idiosincrasia cultural e histórica modela esa ética en costumbres, modos de actuar y maneras de ser que es lo que se conoce como moral."³⁸ Así mismo Cortina Adela, presenta la diferencia entre estos dos conceptos, "la ética si bien incide también en las decisiones correctas de la conducta humana, lo hace a través de cánones o fundamentos morales, es decir, no señala lo que es bueno o malo hacer (moral) sino cuándo lo es (ética). En realidad, la ética es un juicio que se expone socialmente sobre las conductas de los seres humanos que componen la sociedad. La ética trata sobre los principios del deber hacer, mientras que la moral modela esa ética en costumbres, modos y maneras de hacer."³⁹

³⁷ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 113.

³⁸ Contraloría General de Cuentas. **Ética moral pública y lucha contra la corrupción**. Pág. 2.

³⁹ Cortina, Adela. **Ética sin moral**. Pág. 11.

Resumiendo, la moral es lo que se practica y la ética piensa cómo debe ser esa moral. Cortina Adela, afirma que “entre los paradigmas más representativos de la ética, se ubica al utilitarismo (orientación pragmática), la ética aristotélica (ética de la vida buena) y la moral universalista de Kant (ética del imperativo categórico) como los diferentes niveles que puede abordar la razón práctica. Así, se muestra cómo la respuesta al interrogante ¿qué debo hacer? establecido por el paradigma ético a seguir, sugiere la existencia de más de una ética.”⁴⁰

La importancia de la ética en la actualidad radica en lo que Cortina Adela denomina el reto actual de la ética: “detener el proceso destructivo de la vida, la importancia de la ética tiene que ver con la vida y la muerte de la humanidad en el sentido que, si no se posee un criterio ético, se va a hacer de la vida algo que tienda al suicidio colectivo. Así, el deber ético cambiar las cosas parte de una ética de vida.”⁴¹

No basta con que el funcionario público cumpla con la ley, es necesario que dé cuenta a la sociedad de sus actos, aún en el caso de que esta no lo exija. Además del concepto de legalidad, hoy se impone un neologismo: accountability, como nota esencial en el ejercicio de la función pública.

Como bien lo expresa el tratadista Kaufmann Daniel “la idea de imparcialidad en la gestión de los asuntos públicos implica, no sólo la apoliticidad de las decisiones administrativas, sino también se sustenta en la idea del imperativo moral en sentido kantiano.”⁴² Así mismo Montesquieu citado por el autor Kaufmann, menciona: “La

⁴⁰ **Ibíd.** Pág. 12.

⁴¹ **Ibíd.**

⁴² Kaufmann, Daniel. **Ob. Cit.** Pág. 160.

democracia se convierte en el peor de los regímenes si carece de lo que es probablemente su requisito básico: la virtud.”⁴³

Resulta conveniente distinguir entre principios éticos en el ejercicio de la función pública, de aquellas conductas que implican obligatoriedad de cumplimiento, en razón de que su inobservancia está penada por leyes, por lo que se encuentran tipificadas como delitos o faltas administrativas. En palabras de Godínez Bolaños Rafael, “no solamente se debe tratar de que los hombres sean buenos, sino de evitar que sean malos. Pero hoy es necesario ir más allá: el funcionario público es un agente moral, en virtud de que ejerce una actividad de manera permanente adscrita a órganos cuya finalidad es satisfacer las necesidades públicas. Este desempeño implica aspectos vocacionales, dominio de técnicas, desarrollo de conocimientos y formación de actitudes, todas en función del servicio público definido por el bien común.”⁴⁴

El gobernante es responsable cuando da fundamentos de sus actos y muestra por qué son deseables. Esto es la reflexión ética y no sólo el pensar técnico o burocrático. Razonar en el plano de los valores significa utilizar premisas y no sólo hechos. El análisis de la eficacia de las políticas no alcanza, porque también se deben satisfacer criterios de valor. Según Cortina Adela, “este delicado tránsito del ser al deber ser y viceversa, no es una deducción lógica o formal, sino una toma de posición. El deber ser tiene que ver con las convicciones, la conciencia y el compromiso social de los gobernantes. La preocupación contemporánea por la cuestión ética no debe considerarse como meramente filosófica.”⁴⁵

⁴³ **Ibíd.**

⁴⁴ Godínez Bolaños, Rafael. **Sistemas de organización en la administración pública.** Pág. 94.

⁴⁵ Cortina, Adela. **Ob. Cit.** Pág. 172.

Indica el autor Godínez Bolaños Rafael, “el vacío ético en los gobiernos o en sus funcionarios se refleja en sus decisiones, en las políticas públicas. Ocurre cuando ellos eligen pensando en los beneficios de los grupos de interés, no en la población. La falta de ética no es una cuestión declarativa, sino que se manifiesta por una desviación de recursos públicos que es injusta y aumenta la desigualdad en la sociedad civil. Siguiendo las enseñanzas de Max Weber: el dilema consiste en que no hay ética en el mundo que pueda sustraerse al hecho que, para lograr fines buenos, deba recurrirse a medios moralmente dudosos. En el tema de la corrupción surge la interrogante: ¿Quién tiene mayor culpa: el que peca por la paga o el que paga por pecar?”⁴⁶

Una de las más completas definiciones de corrupción, es la que establece Vargas Oscar René, que la presenta como “un sistema de comportamiento de una red en la que participan un agente (individual o social) con intereses particulares y con poder de influencia para garantizar condiciones de impunidad, a fin de lograr que un grupo investido de capacidad de decisión de funcionarios públicos o de personas particulares, realicen actos ilegítimos que violan los valores éticos de honradez, probidad y justicia, que pueden también ser actos ilícitos que violan normas legales, para obtener beneficios económicos o de posición política o social, en perjuicio del bien común.”⁴⁷

Para entender la corrupción y sus consecuencias, así como para diseñar políticas de combate y prevención, no basta indagar los casos individuales que se presentan aquí y allá, y el carácter más o menos permisible de una u otra práctica, sino que se requiere además examinarla desde el punto de vista de la sociedad como un todo, tratando de identificar los elementos que influyen en su aparición y su desarrollo y a la vez, precisar

⁴⁶ Godínez Bolaños, Rafael. **Ob. Cit.** Pág. 101.

⁴⁷ Vargas, Oscar René. **Ob. Cit.** Pág. 19.



desde esta perspectiva sus efectos netos: a quiénes beneficia y a quiénes perjudica y sus costos implícitos.

Nuestros ciudadanos denotan un malestar que se refleja en señales de agotamiento de conductas históricamente complacientes hacia la corrupción de las élites dirigentes. La percepción de la corrupción por parte de la sociedad ha venido creciendo en los últimos años y se le identifica con la impunidad, la falta de justicia, y la traición al mandato popular. La pérdida de sentido de la política como instrumento de cambio, la independencia creciente de la sociedad frente al estado percibido como ineficiente, prescindente y corrupto, convierte a la prensa en elegida por la gente para cubrir los espacios vacíos que dejan las instituciones, en especial los partidos políticos. Así al viejo adagio popular de roban pero hacen se dejó de lado por el nuevo: si no hacen, por lo menos que no roben.

Existe una creciente propagación de la corrupción en el interior de la administración pública que, como lo atestiguan numerosos ejemplos, no puede ser combatida únicamente con mecanismos de control suplementario. En América Latina aparece una creciente difusión de la corrupción en el sistema político, a menudo alimentada por un crecimiento clientelista de la administración pública. En tal sentido, el resultado de la corrupción es la destrucción de la confianza en los funcionarios públicos, sobre todo cuando mezclan las funciones públicas con las privadas produciendo una grave lesión de los deberes y las responsabilidades como agentes públicos.

En muchos países, los empleados públicos se sienten comprometidos con los intereses particulares de quienes los han nombrado. Esto lleva a un abuso de poder que se contradice con la vocación democrática y el principio de igualdad ante la ley. De ahí la



importancia que reviste el status de empleado público, si se desea que su desempeño sea independiente de las coyunturas políticas, arraigándolo al ejercicio del cargo, fundamentado en conocimientos técnicos y aptitudes, de forma tal que su accionar posea la necesaria neutralidad ante los diversos intereses políticos y económicos y se oriente por los principios elementales de ética que deben observar quienes actúan en la administración pública.

Democracia y el libre mercado son condiciones necesarias (más no suficientes) para luchar contra la corrupción. En las sociedades democráticas y libre mercadistas modernas no alcanza sólo con definir las conductas de los funcionarios públicos. Es necesario crear una legislación y velar por el cumplimiento de las normas que rigen los conflictos de intereses, el enriquecimiento económico y los sobornos. De no ser así, se corre el riesgo de socavar las bases de las instituciones, vulnerables frente a la búsqueda de los beneficios personales. Un país que avanza sólo hacia la liberalización de su economía, sin implementar una reforma paralela del estado corre el riesgo de crear graves presiones sobre los funcionarios para participar en la nueva riqueza del sector privado.

Los escándalos de corrupción son una señal de que un país reconoce la diferencia entre lo público y lo privado. Algo que caracteriza a las sociedades democráticas modernas es la separación formal entre el Estado y la sociedad. La preocupación de los ciudadanos por los sobornos que reciben los funcionarios públicos muestran que los ciudadanos y las autoridades de gobierno reconocen la existencia de normas que regulan las prácticas leales y la administración competente, y que éstas pueden ser violadas.

Comenta el autor Vargas Oscar René, "el cáncer de la corrupción está tan avanzado en las democracias emergentes de América Latina, que difícilmente podrá ser extirpado o al menos detenido sin medidas drásticas de ayuda por parte de Estados Unidos y Europa, porque la corrupción no es únicamente un problema de distribución de recursos ilegalmente obtenidos. Su dinámica también tiene consecuencias que inciden en la eficiencia del Estado y en la competitividad de su economía. En un país que desea competir, desarrollando instituciones democráticas y de mercado frente a poderosos rivales externos, estos efectos distributivos y de eficiencia pueden tener consecuencias políticas si la corrupción a gran escala socava la legitimidad del gobierno."⁴⁸

La corrupción tiene costos indeterminados y es un reflejo de la arbitrariedad de los funcionarios públicos, es básicamente una transacción clandestina. Salvo allí donde por ser ya sistemática, disfruta de un status casi oficial, de un acuerdo no escrito pero conocido y aceptado por todos. Este carácter secreto se contrapone con los intentos de medirla que se han llevado a cabo aquí y allá, ya sea por los laberintos de las persecuciones y de las condenas penales, ya sea a través de la prensa.

La extensión de la corrupción constituye un aspecto sobre el que no hay acuerdo. La discusión sobre este punto es prácticamente insoluble habida cuenta de la naturaleza misma del fenómeno. La extensión real o imaginaria de la corrupción es tanto una cuestión de percepción y de sensibilidad como de medida objetiva del fenómeno.

2.12. Lesión al bien jurídico protegido

En cualquier acto de corrupción pública, el bien jurídico protegido que se lesiona es la administración pública, la que reclama el honesto desenvolvimiento de sus actos. La

⁴⁸ **Ibíd.** Pág. 63.

expresión administración pública, en este marco, no debe utilizarse en el restringido concepto jurídico del derecho administrativo, sino en contraposición a la actividad desplegada por los particulares.

El sujeto pasivo del cohecho y de los demás actos de corrupción pública es siempre el Estado, y siendo éste el lesionado, lo es también la sociedad toda por él representada, aunque puede resultar, también como sujeto pasivo un particular. El interés protegido es el inherente a la normal prosecución de los fines de la administración pública.

Como es universalmente aceptado y proclamado por muchos autores, el bien jurídico tutelado es el valor, derecho o bien social trascendente que al existir la posibilidad cierta de ser afectado por las conductas sociales, para su protección debe ser elevado a la categoría de Bien Jurídico, en ese sentido los distinguidos juristas guatemaltecos De León Velasco Héctor Aníbal y De Mata Vela José Francisco, expresan: "El bien jurídico tutelado o protegido es de vital importancia para la constitución de las figuras delictivas, a tal extremo que no se puede concebir un delito que no pretenda la protección de un bien jurídico, todos los delitos tienen un interés jurídicamente protegido (un objeto jurídico), lo que no ocurre en el objeto material, que como ya quedó apuntado, sólo existe en los delitos de resultado. Sin embargo, cuando se dice -bien jurídicamente protegido-, se está advirtiendo que no se trata de proteger la mera lesión o puesta en peligro de cualquier clase de bien como tal, sino sólo cuando el mismo está elevado a categoría jurídica por parte del Estado."⁴⁹

La lesión de los intereses de la sociedad, derivada de la conducta del hombre, por reprobable que sea, ninguna consecuencia penal acarrea si el Derecho Punitivo no ha

⁴⁹ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial.** Pág. 203.



tomado bajo su tutela el interés afectado. Con la creación del tipo penal (la descripción que hace la ley penal de una conducta), el interés pasa a la categoría de bien jurídico y la lesión respectiva es ya una lesión puesta en peligro de un bien jurídico.

Desde otro punto de vista, el objeto jurídico protegido por la norma penal y que resulta lesionado o puesto en peligro por el sujeto activo, sirve como elemento directriz de ordenación de las figuras delictivas o tipos penales dentro de un Código Penal sustantivo en su parte especial, tal es el caso del ordenamiento penal guatemalteco vigente, como lo explica De León Velasco Héctor Aníbal y de Mata Vela José Francisco, en el cual indica que “las figuras delictivas están agrupadas atendiendo al bien jurídico protegido, de la manera siguiente:

- Título I De los delitos contra la vida y la integridad de la persona.
- Título II De los delitos contra el honor.
- Título III De los delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y contra el pudor.
- Título IV De los delitos contra la libertad y seguridad de la persona.
- Título V De los delitos contra el orden jurídico familiar y contra el estado civil.
- Título VI De los delitos contra el patrimonio.
- Título VII De los delitos contra la seguridad colectiva.
- Título VIII De los delitos contra la fe pública y el patrimonio nacional.
- Título IX De los delitos de falsedad personal.
- Título X De los delitos contra la economía nacional, el comercio, la industria y el régimen tributario.
- Título XI De los delitos contra la seguridad del Estado.
- Título XII De los delitos contra la orden institucional.



Título XIII De los delitos contra la administración pública.

Título XIV De los delitos contra la administración de justicia.

Título XV De los juegos ilícitos.

Es evidente pues, la importancia que reviste el bien jurídico tutelado, no sólo como objeto jurídico del delito, sino como elemento ordenador de las figuras delictivas en los diferentes códigos penales que parten del valor jurídico que el Estado protege en la norma penal, para estructurar adecuadamente el derecho penal sustantivo en su parte especial.⁵⁰

En este orden de ideas continúan manifestando De León Velasco Héctor Aníbal y De Mata Vela José Francisco, la doctrina contemporánea del derecho penal, distingue dos clases de objetos jurídicos en el delito: uno que es genérico y que está constituido por el bien o interés colectivo o social que el estado como ente soberano tiende a su conservación y en tal sentido aparece indistintamente en toda clase de delitos; el otro que es específico y que está constituido por el bien o interés del sujeto pasivo y que cada uno de los delitos particularmente posee, en cuanto se lesiona o pone en peligro el particular interés del agraviado.⁵¹

Algunos tratadistas hacen referencia a un objeto jurídico formal, como el derecho del Estado a la observancia de los preceptos legales; tal consideración no es adecuada, por cuanto que ese objeto jurídico formal del cual es titular el Estado se refiere a la mera constitución o conformación del delito, para hacer referencia en sentido amplio al derecho de castigar (jus puniendi), del cual es poseedor exclusivamente el Estado, por tal razón no puede considerarse como bien jurídico protegido en el delito.

⁵⁰ *Ibíd.* Pág. 235.

⁵¹ *Ibíd.* Pág. 239.

Los intereses que en un momento determinado pueden resultar lesionados, disminuidos o puestos en peligro por la conducta delictiva del sujeto activo, pueden pertenecer según el caso: a las personas individualmente consideradas, a las personas jurídicas o colectivas, al Estado y a la sociedad misma.

Los intereses o bienes jurídicos tutelados que corresponden generalmente a una persona individual son: la vida, su integridad personal, su honor, su seguridad y libertad sexual, su libertad y seguridad personal, su patrimonio, su orden jurídico familiar, su estado civil, etc.; en tanto que las personas jurídicas o colectivas pueden verse lesionadas o puestas en peligro en su patrimonio o en su honor. El Estado particularmente puede verse amenazado, tanto en su seguridad interna como externa y la sociedad se protege de los delitos que atentan contra la seguridad colectiva. Para cerrar el presente tema, sólo resta advertir que los sujetos (activo y pasivo), el objeto (material), y el bien jurídico tutelado (objeto jurídico), juegan el papel de presupuestos indispensables para la conformación real de delito, por cuanto éste no podría existir sin concurrencia de cada uno de ellos.

En lo referente a la administración pública, en el título XIII de la parte especial del Código Penal quedan comprendidos como contrarios a la administración pública un grupo grande e importante de delitos. Al referirse a la administración pública, la ley, no está protegiendo a la nación o al estado mismo, como lo hace en los títulos título XI y título XII (De los delitos contra la seguridad del Estado, por ejemplo traición propia Artículo 359; o de los delitos contra la orden institucional, por ejemplo sedición Artículo 387), sino el normal funcionamiento de los órganos del gobierno. Es la regularidad funcional de los órganos del estado lo que constituye la objetividad jurídica que interesa.



El objeto protegido en este título no son las funciones del poder ejecutivo como poder administrador, sino el ejercicio de las funciones legislativas, ejecutivas a nivel nacional, provincial y municipal, frente al comportamiento de sus titulares o al de terceros destinatarios o no del acto funcional.

La mayoría de la doctrina coincide entonces que lo que se protege por el código al referirse a la administración pública, es el regular ejercicio de la función pública, entendida esta en su sentido más lato (funciones legislativas, ejecutivas y judiciales tanto nacionales, provinciales como municipales). De tal forma pues que el sujeto activo viene a ser: El funcionario público o un particular. Desde el punto de vista administrativo, funcionario público es distinto de empleado público. Al funcionario se le asigna la función de representar, expresar o ejecutar la voluntad del estado, en cambio el empleado no la tiene, pues este no participa del ejercicio de funciones públicas, sino que presta un servicio vinculado a ese ejercicio. En las disposiciones finales del Código Penal en su Artículo 1 refiere: Por los términos funcionario público y empleado público usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

2.13. La bilateralidad en el acto de corrupción

Se sostiene que el cohecho es un delito bilateral, es decir, que presupone la acción, por lo menos, de dos personas igualmente responsables, que se denominan codelincuentes o co-autores. Uno de ellos es el funcionario y el otro un particular u otro funcionario.

Pero no siempre se da la bilateralidad en la corrupción, toda vez que para el corruptor no cuenta para nada que su acción sea seguida o no por la del oficial público para que

su delito esté consumado. No es necesario el acuerdo entre el particular corruptor y el funcionario, porque éste si rechaza (no acepta) la propuesta, el delito está consumado igualmente. La responsabilidad lógicamente, es exclusiva del particular, toda vez que el servidor público no desarrolló ninguna acción delincuencia.

De esto, surge claro que el cohecho es un delito bilateral solo cuando el funcionario se deja corromper (acepta), es decir, cuando estamos frente al cohecho pasivo. Para el cohecho activo, es decir, para la acción delictuosa del cohechante, no se da el delito bilateral, toda vez que es irrelevante, para tener al particular como autor del cohecho consumado, la actitud que asuma el oficial público.

2.14. Teorías explicativas de la corrupción

Es importante no considerar la corrupción como un estudio. Los corruptos lo son porque quieren y lo desean de forma consciente. Según Castillo Pilar, "son varias las teorías que han surgido para intentar explicar los comportamientos corruptos, estas son:

- **Teoría del aprendizaje:** Los individuos se comportan de manera corrupta porque les compensa y obtienen recompensas. Desde la teoría del aprendizaje se cree que la conducta corrupta es aprendida y se transmite de unos individuos a otros. La mayor parte de las conductas corruptas son aprendidas dentro del grupo de personas más cercano. Una persona es corrupta cuando transgrede las leyes.

La probabilidad de conducta corrupta aumenta cuando aumenta la probabilidad de ser recompensada. Los comportamientos se aprenden por iniciativa personal o a través de la observación de otros. Las prácticas corruptas tienen lugar dentro de la subcultura específica en la cual el individuo aprende tales



comportamientos. Por lo tanto, según esta teoría, los comportamientos corruptos son aprendidos, lo único que varía es la habilidad con la que cada persona lleve a cabo el comportamiento corrupto.

- **Teoría de la anomia:** La motivación para llevar a cabo comportamientos corruptos se encuentra en la estructura social y en características intrínsecas del individuo. Los principios generales de esta teoría son la violación de normas que caracterizan a la corrupción y que se deben a la inconsistencia y discrepancias en las estructuras sociales y culturales en las que tienen que vivir los sujetos. La tensión que le ocasiona al individuo vivir en una estructura social desorganizada y desestructurada les motiva a llevar comportamientos desviados. La tensión social se produce debido a que el individuo vive en una estructura social sin normas ni valores éticos, solidarios y cooperativos que les resulten útiles para guiar su comportamiento. Los individuos encuentran una irregularidad en la sociedad que les ha tocado vivir, entre los objetivos y metas que pretenden alcanzar y los medios institucionales legalmente establecidos para obtener dichas metas. Si al individuo se le bloquean unas oportunidades para satisfacer sus metas socialmente establecidas buscara otras alternativas ilegítimas dentro de la estructura social para conseguirlo.
- **Teoría del control social:** Los individuos tienen más probabilidad de comportarse de manera corrupta cuando se han roto o están debilitados los controles sociales que les controlan y socializan.
- **Teoría de la desorganización social:** La corrupción, según esta teoría, es el resultado de un cambio social rápido. Los cambios sociales rápidos suelen

generar una ruptura del control social normativo. Los individuos han asimilado un contexto desorganizado en el cual cualquier procedimiento resulta útil para conseguir aquello que se pretende. Así, la corrupción es el resultado de la incapacidad de la sociedad de regular el comportamiento de los individuos por medio de mecanismos éticos y adaptables a su realidad.

- **Del control:** Según esta teoría: las conductas ilegales son el resultado del fracaso de los grupos sociales convencionales para apegar a los individuos a ellos. Todos los sujetos tenemos el potencial de convertirnos en delincuente pero esto solo se produce cuando se origina el debilitamiento de los vínculos sociales. Cuatro elementos del vínculo social: Apego, compromiso con líneas convencionales de acción o de comportamiento, compromiso o preocupación por actividades que promueven los intereses de la sociedad y la creencia.
- **Teoría de Zykes y Matza:** Estos autores consideran que: muchas veces los delincuentes expresan sentimientos de culpa y remordimiento al formar parte en procesos desviados. La mayoría de los delincuentes aceptan las normas y valores de la sociedad convencional. Lo que ocurre es que se neutraliza, a través de una justificación verbal o una excusa del comportamiento del delincuente antes de realizarlo, esto hace posible llevar a cabo las conductas desviadas y los comportamientos corruptos. Los procesos de neutralización son los siguientes: Negación de la responsabilidad, negación de las lesiones, negación de la víctima, condenación de los condenados y apelación a lealtades superiores. El esquema de esta teoría sería el siguiente: Vínculos sociales convencionales-técnicos de neutralización-debilitamiento de los vínculos sociales-desviación social.



- **Teoría de la disuasión:** Se centra en los controles externos que se ponen de manifiesto en las imposiciones a cumplir bajo amenaza de castigos. Así los sujetos hacen una valoración de en qué medida los beneficios de realizar una determinada conducta delictiva son superiores a el castigo que le puede ser impuesto por dicho acto, de lo que se trata es de la eficacia de la prevención general del delito.
- **Teoría de la reacción o del etiquetado:** Parte del hecho de que una determinada persona es considerada como un delincuente o corrupto cuando es considerado y etiquetado por los demás como tal. Los supuestos básicos de esta teoría son: El desarrollo social e histórico de las etiquetas de desviación, la ampliación de las etiquetas en ciertos tipos de personas en tiempos y lugares concretos, las consecuencias prácticas y simbólicas de los procesos de etiquetado. Esta teoría destaca la reacción social ante los comportamientos desviados más que estos propios comportamientos, es decir, que la sociedad etiqueta tal comportamiento como desviado, es la opinión pública la que destaca estos comportamientos como corruptos.
- **Teoría crítica, radical o del conflicto:** Destaca la forma en la que el control social afecta a los derechos humanos, dignidad y bienestar material de todas las personas. El esquema de esta teoría sería: sistema económico capitalista, división y lucha de clases, legitimación de leyes por parte de la burguesía para controlar al proletariado, prácticas corruptas llevadas a cabo por clases altas y no criminalizadas, o realizadas por las clases bajas y consideradas como delito. Este esquema sería fácilmente aplicable a los crímenes políticos y/o los delitos

de cuello blanco y sin dificultad se aprecia que Guatemala encaja en este esquema.

- **Teoría de la oportunidad:** tiene los siguientes componentes: Motivación adecuada para corromperse de forma adecuada para comportarse de forma desviada o corrupta, la oportunidad adecuada para llegar a materializar el comportamiento corrupto y la justificación de los comportamientos corruptos. Esta teoría pone de manifiesto que cuanto mayor sea el número de oportunidades para la corrupción mayor será la probabilidad de que esta se produzca, es el caso de los países desarrollados contra los países subdesarrollados y las oportunidades que éstos otorgan para que el sujeto se comporte de forma corrupta y esas posibilidades a mi parecer crecen a medida que los controles y el poder administrativo está en manos de funcionarios no capacitados ni orientados al servicio público.
- **Teoría sociobiológica:** En esta teoría se unen los elementos biológicos y sociales para explicar el comportamiento humano. Referido a la corrupción esta teoría viene a decir que tendremos más probabilidad de llevar a cabo conductas corruptas primero con los familiares biológicos y luego con quienes no pertenecen a nuestro núcleo familiar. Desde esta teoría además se acepta la importancia de la carga genética en los comportamientos corruptos.
- **Teoría de las redes sociales:** Los sujetos tienden a relacionarse y a establecer redes sociales. Así desde esa teoría se dice que la conducta corrupta es la propia red social más que el individuo que sería una víctima. Podemos decir que muchas veces los sujetos no llevan a cabo prácticas corruptas de forma aislada.

Así, sólo se puede reducir la corrupción entrando y destruyendo toda la estructura de la red social.⁵²

En análisis, a consideración personal, las causas de las prácticas corruptas son: los fracasos de los procesos de socialización, la ruptura del sistema de equilibrio social, los conflictos de valores e intereses, la forma de reacción social ante la corrupción y la estructura de la sociedad. Las condiciones para el surgimiento de la corrupción: los defectos inherentes del propio individuo, la desorganización social, los conflictos entre los grupos de interés o de clase, las oportunidades de realizar conductas anormales o que el individuo acepte que los demás lo etiqueten como corrupto.

Las consecuencias de la corrupción: Coste incrementado en la lucha contra las prácticas corruptas, desmoralización individual y colectiva, alteración de la jerarquía ética de valores, mayores probabilidades de comportamientos ilegítimos, no normales, no éticos; aceptación para los individuos de su papel social como corrupto y la auto perpetuación de los comportamientos corruptos.

Las soluciones: Que las prácticas de socialización no produzcan en los individuos actitudes, creencias y valores favorables a las prácticas corruptas; la resocialización de los ciudadanos en comportamientos y toma de decisiones éticas; el establecimiento del equilibrio social; no etiquetar a los individuos como corruptos; evitar, en lo posible los casos de corrupción para así no llegar a considerar la corrupción como un problema social.

⁵² Castillo, Pilar. **Análisis de los delitos cometidos por funcionarios públicos.** Pág. 135.

2.15. Consecuencias y modelo explicativo de la corrupción

Las consecuencias que se infieren de un delito de cuello blanco son más graves, ya que además de las pérdidas económicas hay que sumarle el daño que supone a las relaciones sociales, genera desconfianza y desorganización social. De las vivencias existentes en Guatemala se puede concluir que la sensación generalizada es que, ha existido fraude y tiene un efecto multiplicador, el ciudadano empieza a cuestionarse si vale la pena pagar impuestos, aparecen los valores de utilidad individual frente a los de solidaridad, se asume que sólo hay que pagar por lo que se recibe.

Para Cepeda Ulloa Fernando, “la corrupción no sólo repercute en la política y economía sino que afecta al hombre en su desarrollo psicológico y filosófico, ya que promueve el cinismo y recelo, mermando en los individuos su confianza y escrúpulo, crea un clima desesperanzador y estimulan los mecanismos psicológicos que aumentan la probabilidad de que esos individuos lleguen a tener comportamientos corruptos.”⁵³ La corrupción da lugar a que no se acepten las leyes, a la sensación de desorganización, de que todo está regulado por el azar, sensación muy común en nuestro país, por lo tanto el gobierno no se ve como eficaz, lo que repercute también en la economía, ya que un país con corrupción no se percibe como estable y por lo tanto será poco deseable como sitio donde invertir, inhibiendo la mejora de la economía nacional.

Los efectos positivos de la corrupción, el dinero que genera la corrupción es una clase de mecanismo de mercado, se utiliza la corrupción como manera de fomentar la integración política, también ayuda a saltarse la burocracia con lo que se agilizan muchos trámites. Otra consecuencia positiva es que el poder hacerse con esas

⁵³ Cepeda Ulloa, Fernando. **Corrupción y gobernabilidad**. Pág. 182.

ganancias puede atraer a la política a gente válida que la beneficie. Hay quien ve la corrupción como una manera de financiación de los partidos políticos, como válvula de escape para el sistema político establecido o como una manera de satisfacer los niveles de insatisfacción social.

Aunque se traten de estos efectos positivos a nadie escapa que en último término la corrupción no favorece a la sociedad que la padece, pues siempre las consecuencias negativas superan a las positivas. En muchos casos estas consecuencias son tan graves que generan en la población un sentimiento de desmoralización general, se ven sumidos en un fatalismo que les lleva a aceptar la corrupción con resignación, con pasividad, sin posibilidad de oponerse a tal situación.

Se consideran los comportamientos corruptos como algo deshonesto. Se rompen las reglas básicas de la convivencia social. Se facilitan y desencadenan motivaciones para que los otros también se corrompan. Resulta un agravio comparativo, ya que la importancia de este modelo radica en que pone un poco de orden en la gran variedad que se encuentra en la sociedad acerca de las consecuencias de los comportamientos corruptos.

2.16. Prevención de comportamientos corruptos

No está muy claro si es posible prevenir los comportamientos corruptos y por lo tanto si resulta útil aplicar medidas para prevenirlo. Pero si partimos de que sí son prevenibles habrá que saber cómo hacerlo, qué estrategia se podrá utilizar para evitarlos. Puede que esta incertidumbre sea la causa de que haya muy poca bibliografía al respecto y se haga difícil su entendimiento para quienes no conocen del tema o quienes han pasado por alto estas costumbres corruptas. Es por demás sabido que lo importante es



centrarse en la práctica, es decir, no que sus creencias sean las correctas sino que los individuos lleven a cabo comportamientos éticos, en su día a día, ya que ésta es la única manera de conseguir un bienestar socioeconómico social y así poder globalizarlo.

Se pueden adoptar varios puntos de vista para hablar de la ética y poner de manifiesto la necesidad de la ética para vivir. Lo que varía es que unos hablan de ética y otros de moral, adoptare la postura que la ética es el arte de dirigir las acciones de los seres humanos; hay una gran cantidad de bibliografía que podemos consultar para saber cómo actuar con ética en los distintos campos de la vida social. Es importante matizar que la ética no es sólo individual, sino que se puede hablar de la ética social, que es el trabajar de forma cooperativa, toda la sociedad, en busca de una serie de objetivos comunes y beneficiosos para todos.

Así se aprecia que tanto la política como la ética buscan el planteamiento de problemas colectivos y sus soluciones prácticas, pero para ello es necesario de una institución externa que fomente la conducta ética y honesta de los ciudadanos, ya que no se puede inducir a la gente a ser honesta por su propio interés. Cuando se toca el tema de la lucha política contra la corrupción, surge el debate de si la derecha o izquierda es más eficaz para dicho fin. Desde una perspectiva muy ingenua se puede afirmar que con la consecución de la democracia ya se ha logrado pero no es así, esta es solo un medio para poder conseguir el objetivo y disminuir la corrupción. Tal y como está Guatemala, en la situación actual parece difícil pensar que desde la administración pública se va a luchar contra la corrupción, ya que a veces las organizaciones corruptas son tan fuertes que resulta inevitable que los gobiernos negocien con ellas y aún peor que convivan dentro de ellas.

La corrupción en la política es un hecho, es por todos conocido que el motivo por el que los políticos, una vez alcanzan el poder, quieren permanecer ahí no es para favorecer a los demás de manera altruista sino para seguir haciendo uso indebido de ese poder que le concede su posición. Se ve en la política mundial cantidad de ejemplos de hombres honestos que se dejan arrastrar por la ambición una vez llegan al poder.

La necesidad de poder está presente en todas las relaciones humanas, no se sabe con certeza si el poder corrompe o no, pero es claro que los que están en el poder son propensos a la corrupción. Lo que no implica que el poder sea negativo y corrupto en su definición, el problema surge cuando se utiliza de forma inadecuada. Aunque el poder no conduce necesariamente a la corrupción sí la facilita mucho, ya que otorga a quien tiene poder más oportunidades de corromperse y de salir impune. Pero por otro lado también se sabe que las estructuras de poder son necesarias para regular la convivencia colectiva. Si se hace la relación entre poder, ética y derecho y la forma de su estudio, es posible darse cuenta que no tratan el tema de la corrupción, incluso los que lo hacen no profundizan en él, por miedo o en un intento de ocultar la realidad. Es como un pacto, en este entramado de corrupción, se apoyan unos a otros con la intención de fingir una normalidad que, como todos saben, es ficticia.

El poder es un proceso aplicable, tanto a individuos como a organizaciones y comunidades, es a través de él que se logra un mayor control sobre las vidas. Es muy importante fomentar esto entre los individuos de una sociedad, porque una sociedad sin poder cae en el desánimo, la desilusión y una sociedad así no se siente capacitada para luchar contra la corrupción, sino que las motivaciones de los individuos en dicha situación se orientarán hacia la emisión de comportamientos corruptos. De aquí surge

la necesidad de instaurar la educación para el poder, que hace énfasis en una pedagogía democrático-crítica que propicie el cambio social.

Las minorías activas son pequeños grupos generadores de conflictos positivos, que con ellos pretenden mejorar e innovar en ciertos aspectos de la realidad social. La importancia de éstos radica en que la lucha contra la corrupción podría empezar por ellos. Resulta evidente que no se va a acabar con la corrupción de una manera rápida y global, por eso el que una minoría empiece a comportarse de manera ética sería un buen primer paso y a partir de ellos pudiera ir expandiéndose por todo el esqueleto social, ir calando poco a poco en el resto de la sociedad y llegar a quienes dirigen el país, ya que un cambio profundo inicia con uno pequeño.

Si se toma en cuenta lo que sería una sociedad justa y bien ordenada se deduce que en ella no habría corrupción y ésta no es una utopía, aunque sea a largo plazo, es posible llegar a ella, pero para eso se necesita que todos y cada uno de los individuos contribuyan positivamente con una actitud constructiva. Lo cual desde el punto de vista personal resulta un tanto idealista, pero posible.

Una sociedad controlada, es aquella en la que hay falta de conexión moral, de normas que regulen el comportamiento de sus ciudadanos y de solidaridad social. Por lo tanto sus individuos serán egoístas y no solidarios. La conexión no es necesariamente negativa pues puede dar a los individuos la posibilidad de buscar algo distinto, otras formas culturales y dar lugar al cambio social, pero tampoco se puede decir que sea positiva, pues cuando los individuos viven en una sociedad controlada no siempre saben qué hacer ni a qué atenerse y esta situación genera indefensión, que se



manifiesta como desmotivación y la incapacidad consiente, percibida para aprender nuevas conductas que reduzcan la indefensión.

Le resultará difícil, por lo tanto, enfrentarse a situaciones de conflicto moral, y si está en un contexto de corrupción será improbable que pueda, en el caso de que ese sea su deseo, mantenerse en una forma ética de comportarse, es decir de no corromperse y además luchar en contra de los que sí lo hacen, parece difícil pero en realidad es cuestión únicamente de actitud, de conciencia y de poner en práctica los valores morales de cada ser humano. Es por esto por lo que resulta imprescindible, para la lucha contra la corrupción, que los individuos traten de conseguir una sociedad justa, regulada por leyes justas y que sean conscientemente aceptadas por los ciudadanos y mejor aún que éstas sean aprehendidas desde el hogar.

En estos tiempos las leyes anti-corrupción, en Guatemala, están a la orden del día, incluso se han convertido en un instrumento de propaganda política, pero realmente ¿sirven para algo?, parece que para muy poco, dan la idea que lo que hacen es evitar, que personas que no tienen intención de comportarse de forma corrupta no lo hagan, es una prevención general inoperante en el medio. Aunque sea poco, es suficiente para que sigan haciéndose leyes en este sentido, pues en la lucha contra la corrupción cualquier paso adelante que se dé será positivo y valdrá la pena.

Un ejemplo, lo presenta Castillo Pilar, cuando manifiesta que "los individuos roban por una serie de factores, como la falta de dinero, porque se les presenta la oportunidad, como forma de venganza a la insatisfacción en una organización, porque tienen actitudes favorables hacia el robo o para lograr el sentimiento de poder, status y

control.⁵⁴ Por lo tanto, se deduce que si los individuos estuvieran en una organización o sociedad ética se reducirían mucho los casos de corrupción, pero una sociedad es ética cuando el conjunto de sus miembros se comporta de forma ética, así que se está ante la cuestión de por dónde hay que empezar el cambio, cuando éste debe ser por el individuo, educándole en valores positivos y morales.

Las escuelas, tanto públicas como privadas, se dice que son el recurso del que se dispone para la educación; pero lo cierto es que no está logrando solucionar los problemas de la sociedad. Guatemala padece una crisis de valores, y la labor de las escuelas debiera ser la de instaurar en los futuros ciudadanos una conciencia crítica, que les permita buscar las iniciativas necesarias para cambiar todo aquello que crean pertinente. La escuela debe crear una atmósfera moral que haga que los alumnos vivan en un sistema de significativos valores y normas. Debe aplicar el aprendizaje cooperativo en el que los alumnos perciban, que cuando trabajan cooperativamente, el éxito de uno, es de ellos también, esto para que lleguen a comprender que las prácticas corruptas rompen las reglas básicas de cooperación y solidaridad, como se mencionó anteriormente. Suena difícil y hasta complicado, pero es una forma de iniciar un cambio.

Lo anterior sería aplicable a las escuelas mencionadas, con niños, pero qué se puede hacer con los adultos, con los que ya han instaurado su sistema de valores y a los que resulta difícil mantener bajo un control diario, por ejemplo los funcionarios. La educación de la ética pública es posible pero no se sabe hasta qué punto puede solucionar los problemas a los que se enfrenta. Se sabe que es necesaria pero también que no es

⁵⁴ Castillo, Pilar. **Ob. Cit.** Pág. 278.

suficiente, son necesarios contextos socioculturales que faciliten la emisión de los comportamientos éticos.

Se han presenciado diseños de varios programas de aplicación de la educación para la moral, que en definitiva no son más que tratar de enseñar a los funcionarios que deben hacer su trabajo de forma competente, honesta y honrada, algo que para la mayoría resulta evidente y que se aprecia como una forma de malgastar los fondos públicos, pues quienes están en el poder son las personas idóneas para dirigir el país y no a quienes se les debe enseñar cómo se maneja el mismo.

2.17. Un futuro sin corrupción

Lo primero que se debe plantear es si existe ya un movimiento social de lucha contra la corrupción, que sea un intento colectivo de promover un objetivo común, mediante la acción de todos o la mayoría de los individuos de una determinada comunidad o sociedad. Para que se pueda hablar de movimiento social son necesarios una serie de pasos. Tiene que haber un reconocimiento social explícito del problema que produce cierta tensión social, hay que tener en cuenta la necesidad de cierta organización social liderada de una forma eficaz y la cooperación activa de todos.

Tiene que producirse una movilización oportuna, coordinada y activa en función de un interés común. La lucha activa conlleva unas creencias generalizadas de que sus comportamientos van a servir para algo, tienen que saber que las luchas sociales van consiguiendo objetivos de manera escalonada, pero éstos tienen que ser percibidos por los sujetos activos en la lucha. Todo indica que, por lo menos teóricamente, existe un movimiento social serio contra la corrupción y aún así se ve que los casos de corrupción siguen estando a la orden del día y que cuanto mayor sea el rango de poder de los

implicados, menores son las posibilidades de que sean castigados. Cuando se plantea la cuestión de cuál debiera ser nuestra actitud hacia el futuro surge la polémica de si es mejor afrontarlo de manera optimista o pesimista.

Las dos posturas actúan como profecías autocumplidas, por lo tanto parece más favorable afrontarlo con optimismo, aunque no sea una actitud muy realista para Guatemala. El observar la política actual, más aún cuando los partidos políticos empiezan a dar signos de molestias internas entre sus dirigentes, puede llevar a pensar que democracia y corrupción van unidas, pero la verdad es que la democracia dispone de más mecanismos legales para luchar contra la corrupción que otros sistemas.

A pesar de toda la bibliografía que hay sobre las necesidades humanas básicas, por demás popular, se desconoce cuáles son realmente. En los sistemas capitalistas la economía de mercado produce sólo para consumir, se consume porque se han creado unas necesidades, y cuantas más necesidades se satisfacen, tantas más aparecen. Conscientes de ello los mercados sacan cada vez nuevos productos, que para conseguirlos, los individuos tienen que disponer de los recursos económicos suficientes y no es difícil suponer, que si no los tienen se corromperán o cuanto menos tendrán la tentación de hacerlo para así satisfacer esa necesidad, que en realidad se la han creado ellos mismos, no es más que un ejemplo frívolo de corrupción.

Al hablar de un futuro sin corrupción vuelve a aparecer el tema de los funcionarios, de los que se concluye que la actitud que debieran adoptar se resume en que sean neutrales, es decir, todos tendrán como es de suponer, su ideología, pero ésta deben diferenciarla de su puesto de trabajo. Lo que se les pide en definitiva es amabilidad,

información y creatividad. Esto último se refiere a que cuando no puedan solucionar un problema, al menos faciliten los instrumentos o indicaciones de cómo hacerlo.

Los grupos de presión tienen un determinado interés común, planificar una estrategia para tratar de conseguir sus objetivos y utilizan para ello toda clase de mentiras. Que sean corruptos, no es la peor de sus cualidades, sino que incluso reducen la eficacia de los gobiernos y disminuyen la renta global de la sociedad. Tienen una influencia notable y desproporcionada en la dinámica de la sociedad. Como ciudadanos guatemaltecos todos tienen la obligación de luchar contra la corrupción, para que al menos los que corrompen se encuentren con el máximo de obstáculos posibles y para que la lucha vaya siendo aceptada como norma dentro de la estructura social.

Los programas políticos de los distintos partidos no son más que propaganda política o cuanto menos una declaración de intenciones que infelizmente se queda en eso. Pues todos y cada uno de ellos introducen medidas para luchar contra la corrupción, pero una vez llegan al poder eso pasa a un segundo plano, no se sabe si por interés o porque la corrupción interesa más como propaganda política que como un problema resuelto. Sólo basta escuchar las propuestas partidistas y politiqueras que un candidato presente, quejas y problemas del gobierno de turno para darse cuenta que la política es y seguirá siendo oportunista, pero es en cada ciudadano que recae la gran responsabilidad de permitir que así sea. Hay quien afirma que el vivir en un Estado en el que pagas más impuestos de lo que se recibe, es una justificación para la desobediencia, es decir para no pagarlos. No es esa sea la manera de protestar, ya que la forma de luchar es la cooperación, el que unos no paguen sus impuestos, aunque sea como protesta, no es más que una forma de corrupción, ya que otros los estarán pagando por ellos.



CAPÍTULO III

3. Análisis jurídico de la convención interamericana contra la corrupción

3.1. Medidas preventivas

La Convención Interamericana contra la Corrupción proporciona una serie de lineamientos que en definitiva, los Estados parte deben cumplir, con el objetivo de combatir y disminuir la corrupción que se da en estos países; es por esta razón que dentro de las medidas preventivas contenidas en la Convención se pueden resaltar las siguientes: Crear normas de conducta para los funcionarios públicos y que utilicen de manera adecuada los recursos que tengan a su cargo.

- a. Obligación del funcionario público de presentar una declaración de ingresos, activos y pasivos al momento de asumir el cargo público como al momento de abandonar el cargo, con el fin de verificar si no existió un aumento desproporcional de su patrimonio, en base al salario devengado.
- b. Proporcionarle protección a los funcionarios públicos que tengan conocimiento y que denuncien actos de corrupción y es aquí donde debe de existir una mayor participación del Ministerio Público, ya que es la entidad encargada de brindar seguridad a los testigos; por lo cual se debiera destinar mayores recursos a la oficina del Ministerio Público encargada del programa de protección de sujetos procesales en materia penal, la cual se encuentra regulada en el Artículo 41 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.
- c. Otorgarle una mayor participación a la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales. Algo fundamental, ya que las investigaciones realizadas, son

enfocadas desde un punto de vista más objetivo, sin beneficiar a algún sector determinado del Estado.

- d. Establecer sistemas para una mejor contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios que requiere el Estado, que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de dichos sistemas.

Algunas de estas medidas tienen por objeto en las cuestiones estructurales del Estado, tal como los párrafos del Artículo III de la Convención, que establecen reglas y criterios para las contrataciones públicas, las políticas de recaudación impositiva y los sistemas de empleo público.

Con esto, lo que se pretende es atacar las ineficiencias estructurales del Estado que propician que la corrupción vaya en auge.

Haciendo énfasis a las prácticas preventivas, en 1990 el Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia y el Consejo Económico y Social presentaron al Octavo Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (La Habana 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990), un proyecto de resolución y recomendaciones, entre las cuales se encontraba la recomendación número 8, relacionada con el tema de la corrupción y que fue expresada en los términos siguientes: Dado que la corrupción y que los funcionarios públicos pueden destruir la eficacia potencial de cualquier tipo de programas oficiales, obstaculizar el desarrollo y victimizar a individuos o grupos, es de fundamental importancia que todas las naciones:

- a. Examinen su derecho penal, incluida la legislación procesal, para verificar si responde adecuadamente a todas las formas de corrupción y actos conexos

encaminados a asistir o facilitar las actividades de corrupción y si ofrece la posibilidad de recurrir a sanciones que aseguren una disuasión adecuada;

- b. Formulen mecanismos administrativos y reglamentarios para la prevención de las prácticas corruptas y el abuso de poder;
- c. Adopten procedimientos para la detección, investigación y condena de los funcionarios corruptos;
- d. Creen disposiciones legales para el decomiso de fondos y bienes provenientes de prácticas corruptas; y,
- e. Adopten sanciones económicas contra las empresas involucradas en ese género de práctica.

3.2. Cláusulas penales

La Convención Interamericana Contra la Corrupción pretende que dentro del marco contra la lucha de la corrupción, se apliquen ciertas figuras delictivas que ayudarán a prevenir la corrupción, tal como el delito de soborno transnacional y el de enriquecimiento ilícito, así como también establece cuáles son los actos de corrupción en sí.

En tal virtud y siendo que en la legislación actual tanto el soborno transnacional como el enriquecimiento ilícito no se encuentran tipificados en el Código Penal, es necesario que se realicen reformas legales con el fin de incorporar estas figuras delictivas en nuestro marco jurídico.

3.3. Soborno transnacional

El delito de soborno transnacional, como se mencionó en el párrafo anterior, no se encuentra incluido en el Código Penal; es por esto, que es necesario establecer en primer lugar en qué consiste el delito de soborno transnacional.

Por lo que, Castillo Pilar, establece como definición de soborno transnacional lo siguiente “cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.”⁵⁵

La Convención, estipuló que tipificar el delito de soborno transnacional, es importante para los Estados, ya que con la aplicación de esta figura legal, lo que se pretende es combatir de una mejor manera la corrupción que se pudiese dar entre ciudadanos de diferentes Estados; así también estipula que en caso de que algún país no tenga

⁵⁵ Castillo, Pilar. **Ob. Cit.** Pág. 167.

tipificado este delito es su ordenamiento legal, debe proporcionar toda la colaboración posible al otro Estado.

Es importante señalar, que para los propósitos de la Convención, el soborno transnacional será considerado como un acto de corrupción.

3.4. Actos de corrupción

Otro punto importante que abarca la Convención Interamericana Contra la Corrupción son los Actos de Corrupción, que no son más que las acciones que los funcionarios públicos ejecutan en el ejercicio de sus cargos en los cuales realizan actos que conllevan a la corrupción. Como por ejemplo, recibir cualquier tipo de dádivas o beneficios con el fin de favorecer a ciertas personas o entidades, aprovecharse de los recursos del Estado para favorecerse personalmente, etc.

Estos actos de corrupción dentro de la legislación guatemalteca se encuentran enmarcados en distintos tipos de figuras delictivas como lo son cohecho activo, cohecho pasivo, peculado, la malversación, entre otros.

Es necesario mencionar que la Convención Interamericana Contra la Corrupción deja abierta la posibilidad de poder incorporar cualquier otro acto de corrupción que pudiera surgir. Es así como la Convención Interamericana Contra la Corrupción propone las herramientas necesarias para poder combatir la corrupción.

3.5. Disposiciones operativas

Cuando fue suscrita la Convención Interamericana Contra la Corrupción, se buscó que ciertos parámetros fueran los mismos para todos los Estados Partes; ya que es



necesario que exista un mismo criterio que regule todo lo establecido dentro de la Convención.

En base a esta disposición, se crearon ciertas definiciones, que tienen como objetivo primordial buscar que no existan diferencias entre las mismas al momento de interpretarlas y aplicarlas.

Entre las definiciones, se hizo mención a lo que es en primer lugar la función pública y por otra parte lo que es el funcionario público; esto con la finalidad de que la función pública no pudiera ser mal interpretada por otros países; y deja muy claro que toda persona que realiza cualquier actividad en nombre del Estado o al servicio del mismo está ejerciendo una función pública; por lo cual, es importante que se haya incorporado esta definición, ya que muchas veces las personas buscan cualquier figura legal para escudarse en que la función que desempeñaban no era pública; por ejemplo, los asesores que prestan servicios profesionales.

Cabe resaltar que se incluyó la definición de lo que es el funcionario público, así como la de oficial gubernamental o servidor público; se introdujeron estas tres denominaciones, ya que en muchos países a las personas que desempeñan funciones a nombre del Estado se les denominan de diferente forma.

En Guatemala, se les llama funcionarios públicos o también empleados públicos, pero en otros países se les puede llamar oficial gubernamental, por lo cual es muy atinado que la Convención haya tomado en cuenta esta situación.



Otra definición que se menciona en la Convención, es la de -bienes-, que son todos aquellos muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, con los cuales se puede demostrar que un funcionario público ha realizado actos de corrupción.

Con respecto al ámbito de aplicación, la Convención establece que se aplicará siempre y cuando el acto de corrupción se haya cometido en algún Estado parte o bien haya de producir sus efectos en algún otro país que haya ratificado la Convención.

Esto con el fin de que la entidad o persona individual que haya cometido un acto de corrupción, sea perseguida no sólo en el país donde cometió el ilícito, sino también que exista una colaboración de los demás países para poder lograr en todo caso su captura. Por lo que también dentro de la Convención, se hace referencia al tema de la extradición, con el fin de que exista una colaboración efectiva y eficaz con los demás Estados partes; en este tema hay que señalar que es de gran ayuda para poder llevar ante los organismos de justicia a personas involucradas en delitos como el soborno transnacional, ya que es la típica figura legal en donde una de las partes que comete el delito, se encuentra en otro país.

Así también hay que mencionar que dentro de las disposiciones operativas, se abarcó el tema de la jurisdicción, que de acuerdo a la Convención, tiene como objetivo principal respetar el derecho interno de cada Estado, así como la soberanía del mismo.

En cuanto a las disposiciones operativas relacionadas al patrimonio material o bienes materiales que el funcionario público haya obtenido como resultado de actos de corrupción, la Convención establece que si la persona encargada de realizar funciones públicas, comete algún acto de corrupción, y posteriormente este acto no perjudica



económicamente al Estado, de cualquier manera el funcionario deberá ser juzgado por cometer dicho ilícito.

Asimismo, la Convención estipula que los bienes que se hayan adquirido como consecuencia o producto de actos de corrupción y que hayan sido utilizados para fines políticos, no serán considerados como delitos políticos o cualquier otro delito conexo con un delito político. Con el fin de que tanto los temas como la extradición, la asistencia y cooperación entre Estados, las medidas sobre bienes, y el secreto bancario puedan ser efectivamente aplicados por los Estados parte; ya que en la mayoría de legislaciones, incluyendo la de Guatemala, la extradición no es aplicable cuando se trata de un delito político o un delito común conexo con un político.

Por lo cual, se puede establecer claramente que la presente Convención hizo énfasis en este punto que es de trascendental importancia para la lucha contra la Corrupción.

Lo que persigue la Convención al incorporar la extradición dentro de su contenido, es dar a los Estados Parte los lineamientos por los cuales se deben regir o deben seguir al momento de darse un caso concreto. Otorga a los Estados Parte una solución para que la extradición no llegue a ser casi imposible, como en la práctica lo ha sido hasta ahora.

La asistencia internacional que busca la Convención Interamericana contra la Corrupción se enfoca a que exista una verdadera colaboración entre los Estados Parte, ya que muchas veces los funcionarios públicos implicados en actos de corrupción no han podido ser juzgados en vista de que es muy difícil recabar pruebas contra éstos, pruebas que muchas veces deben ser obtenidas en otros Estados. Otra situación que va ligada a la asistencia y cooperación internacional, es lo relacionado a las medidas sobre los bienes producto de actos de corrupción, ya que en la mayoría de los casos,



las personas involucradas, tienden a invertir el dinero producto de este ilícito en otros países.

Es por esto que la Convención en su Artículo XV, estipula que los Estados parte, podrán confiscar los bienes que funcionarios públicos hayan adquirido como consecuencia de sus actos corruptos. También especifica que los Estados deberán prestarse asistencia recíproca para lograr la identificación, el rastreo así como la inmovilización de estos bienes.

En el segundo párrafo del artículo anteriormente mencionado, señala que una vez que se emita sentencia en donde se confisquen los bienes, éstos se dispondrán de acuerdo a la legislación interna de cada país; por ejemplo, en Guatemala los bienes confiscados pasan a poder del Organismo Judicial según lo establecido en el Artículo 213 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

3.6. Mecanismo de seguimiento

En cuanto a corrupción se refiere, la Convención Interamericana Contra la Corrupción, es el primer tratado que fue creado para combatir este flagelo, por lo cual existía preocupación en la comunidad internacional de que la Convención quedara como muchos otros tratados en letra muerta. Fue por este motivo que en 1999, Transparencia Internacional organizó con colaboración del Washington College of Law de la American University, y la Inter. - American Bar Association una conferencia de expertos donde se dio a conocer la necesidad de crear un mecanismo de seguimiento para que efectivamente pudiera existir una aplicación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

Fue así como a través de las conclusiones a que se llegó en la conferencia antes citada, que la Organización de los Estados Americanos confirió un mandato al Grupo Probidad y Ética Cívica con la finalidad de que evaluara la posibilidad de crear un mecanismo de seguimiento de la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

Este Grupo de Probidad y Ética Cívica fue integrado en 1995 en Venezuela el fin de redactar la Convención Interamericana Contra la Corrupción; en el 2001, se organizó en Buenos Aires, Argentina la primera Conferencia de los Estados Parte de la Convención Interamericana Contra la Corrupción para el establecimiento de un Mecanismo de Seguimiento. En esta discusión se analizó la estructura que debería tener tal mecanismo y que luego de amplias reuniones y negociaciones los 17 países allí reunidos acordaron implementar un mecanismo de seguimiento el cual hicieron llamar el Acta de Buenos Aires.

Entre los principales propósitos del mecanismo de seguimiento se encuentra el promover la implementación de la Convención Interamericana Contra La Corrupción; así también darle seguimiento a los compromisos asumidos por los Estados Parte, con la finalidad de verificar si los Estados están llevando a cabo acciones que estén dirigidas a cumplir con lo estipulado en la Convención.

Y por último, tiene como objetivo que exista una ayuda mutua en la lucha contra la corrupción. En muchos países, no existe la infraestructura necesaria para poder combatir la corrupción; y por otro lado, no se posee la calidad del personal con suficiente experiencia y preparación en esta materia. Entre los principios fundamentales del Mecanismo de Seguimiento se encuentran el respeto de la

soberanía de cada Estado, el de la no intervención y el de la igualdad jurídica de los Estados, respetando la Constitución y el ordenamiento interno de cada Estado Parte.

Por lo cual es importante resaltar, que si bien es cierto, el mecanismo de seguimiento es una forma de mantener una vigilancia hacia los Estados parte, con el fin de verificar si en realidad se están haciendo los esfuerzos necesarios para aplicar de mejor manera la Convención, también el mecanismo de seguimiento es respetuoso de la soberanía de cada Estado, ya que si cualquier país no cumple o no realiza esfuerzos por la lucha contra la corrupción, el mecanismo de seguimiento no interviene en las decisiones del Estado, no posee ningún poder coercitivo sobre éste.

Es indispensable que cada Estado Parte, posea una autoridad central en materia de corrupción, la cual será la encargada de verificar que en realidad se esté llevando a cabo acciones concretas que busquen erradicar la corrupción. En el caso concreto del Estado de Guatemala, actualmente funciona la Comisión para la Transparencia y Contra la Corrupción que es la instancia encargada de implementar las políticas dirigidas a combatir la corrupción y es la autoridad central designada por el presidente de la República de Guatemala.

3.6.1. Estructura del mecanismo de seguimiento

El mecanismo de seguimiento cuenta con varios órganos, los cuales son:

3.6.1.1. La conferencia de los estados parte

Este grupo está integrado por representantes de todos los Estados parte de la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Son delegados que tienen la

autoridad y responsabilidad para revisar periódicamente el mecanismo y también para modificarlo, asimismo son el órgano político del mecanismo de seguimiento.

3.6.1.2. Los Estados parte

Los Estados Parte son todos aquellos países que han ratificado y depositado ante la Organización de los Estados Americanos la Convención. Cada Estado designará uno o varios expertos para que lo represente ante el Comité de Expertos, indicando un titular; posteriormente el Estado responderá al cuestionario realizado sobre la implementación de la Convención, preparado por el Comité de Expertos.

3.6.1.3. El comité de expertos

Cuando se creó el mecanismo de seguimiento, se llegó a la conclusión de que para que existiera una eficaz evaluación sobre cada Estado Parte en la aplicación de la Convención, era necesario crear una terna integrada por personas delegadas de otros Estados Parte, con la finalidad de recabar información proporcionada tanto por el Estado que está siendo evaluado como también un informe independiente que estuviera a cargo de la sociedad civil.

A las organizaciones civiles se les da una importante participación, ya que el informe que presentan, tiende a estar enfocado mas objetivo e imparcialmente, por lo que el comité de expertos designado, recaba toda la información y posteriormente presenta su informe estableciendo las respectivas conclusiones. Así mismo, el comité de expertos es responsable del análisis técnico de la implementación de la Convención, define el reglamento y reglas de procedimiento, y selecciona las disposiciones de la Convención

que serán analizadas mediante el cuestionario. El comité también define la metodología para el análisis de las respuestas.

De acuerdo a la metodología adoptada por el comité de expertos y como la Convención es tan extensa, sería muy difícil para los expertos poder recabar información de la aplicación o cumplimiento de todo el contenido de la misma y poderla discutir en una sola ronda, se acordó por los Estados Parte, que se seleccionarían los temas que serían objeto del análisis y que se dividieran por rondas; estas rondas se llevarán a cabo cada determinado tiempo con el fin de establecer los avances en el cumplimiento de la Convención; por lo tanto, los Estados parte acordaron analizar en la primera ronda los siguientes puntos de la Convención:

1. Artículo III, numerales 1, 2, 4, 9 y 11.

- Artículo XIV

- Artículo XVIII

El Artículo III abarca todo lo relativo a las medidas preventivas que se pueden aplicar, con la finalidad de combatir de una mejor manera la corrupción.

El Artículo XIV hace referencia a la asistencia y cooperación que se debe dar entre los Estados Parte para que exista una mejor comunicación entre éstos al momento de que existan Actos de Corrupción. Y por último, se analizará el tema de la Autoridad central que como se mencionó anteriormente es la encargada de promover y presentar los avances de la implementación de la Convención. Por lo tanto, cada Estado parte deberá seleccionar a la autoridad encargada para esta función. Según lo acordado en

la metodología, las recomendaciones contenidas en los informes respecto de cada país deben tener el siguiente alcance:

- a) Se referirán a cada una de las áreas temáticas en que se divide el informe de acuerdo con las disposiciones cuya implementación se analizará;
- b) Identificarán los progresos realizados, y si las hubiere, las áreas en que se requieren avances en la implementación de la Convención; y harán las recomendaciones para que el Estado Parte tome las acciones que fueren necesarias;
- c) Harán referencias a aquellas áreas en que el Estado Parte podría solicitar o recibir cooperación o asistencia técnica; así como a los recursos o programas de que se tenga conocimiento en este campo y que puedan ser de utilidad para el mismo y;
- d) Serán lo suficientemente detalladas y específicas de manera que permitan el seguimiento de los avances en relación con las mismas de acuerdo con lo dispuesto en el documento de Buenos Aires, el Reglamento del Comité y esta metodología.

Como bien establecen las recomendaciones antes expuestas, el informe del Comité de Expertos, aparte de establecer si en realidad se está realizando un verdadero trabajo por parte del Estado analizado con respecto a la aplicación de la Convención, también tiene la potestad de proponer recomendaciones al Estado analizado, esto con la finalidad de que se pueda aplicar de mejor manera lo establecido en la Convención.

También hay que señalar, que si bien es cierto, los informes o recomendaciones presentados por el comité de experto, no obligan de ninguna manera al Estado para tomarlos en cuenta y no conllevan ninguna medida coercitiva para aplicarlas, estos informes son presentados a nivel internacional y la imagen del Estado se ve dañada ante la comunidad internacional.

3.6.1.4. Los subgrupos de expertos

El subgrupo de expertos se encuentra compuesto por expertos de dos países, los cuales analizan las respuestas al cuestionario que presenta cada país, este subgrupo elabora un informe preliminar y lo envía al Estado parte analizado; posteriormente recibe los comentarios del Estado parte y envía el informe preliminar al Comité de Expertos, el cual redactara el informe final.

3.6.1.5. La secretaria

Por último se encuentra la secretaría, la cual es ejercida por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, a través de la secretaría jurídica de dicho organismo; ésta se encarga de proporcionar el apoyo logístico, administrativo y técnico del Mecanismo, también tiene a su cargo coordinar todo el plan de trabajo del Comité de Expertos, elabora la agenda de las reuniones, asiste a los subgrupos en el análisis que se envía al Comité de Expertos y es la encargada de difundir por diferentes medios la actuación del mecanismo.



CAPÍTULO IV

4. La convención interamericana contra la corrupción y el fenómeno social del enriquecimiento ilícito en Guatemala

Según Marroquín Manfredo, “la Convención Interamericana contra la Corrupción, se abrió a firma en marzo de 1996, bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos (OEA). Esto ocurrió en una reunión de dicho organismo hemisférico realizada en la ciudad de Caracas, Venezuela, entrando en vigencia el 6 de marzo de 1997.”⁵⁶

Continúa comentando Marroquín Manfredo, sobre esta Convención, “fue el primer instrumento jurídico internacional en este campo y menciona expresamente entre sus fundamentos el reconocimiento de la trascendencia internacional de la corrupción y la necesidad de contar con un instrumento de tal carácter que promueva y facilite la cooperación entre los países para combatirla. Hasta marzo del 2006 la habían ratificado casi la totalidad de países miembros de la OEA (33 Estados), a excepción de Barbados. Guatemala ratificó la CICC en el 2001 y desde el 2 de agosto de ese año cobró vigencia en el ordenamiento jurídico interno del país.”⁵⁷

4.1. La Convención Interamericana contra la Corrupción y la realidad Guatemalteca

La Convención Interamericana contra la Corrupción, responde entre otras cosas a las exigencias que se habían impuesto a los Estados parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, siendo el primero, un instrumento de carácter

⁵⁶ Marroquín, Manfredo. **Convención interamericana contra la corrupción, proyecto: alianza por la transparencia. Fortalecimiento de los órganos de control.** Pág. 3.

⁵⁷ **Ibid.**

regional y más específico. Guatemala, es un Estado parte y derivado de ello, han surgido en el Congreso de la República, una serie de iniciativas de ley propuestas por diversos diputados que se describirán más adelante y que responden precisamente a los preceptos contenidos en estas convenciones y fundamentalmente a los últimos acontecimientos en que se han visto envueltos funcionarios y empleados públicos referidos a actos de corrupción y que campean en la impunidad; precisamente, porque no se señala en el Código Penal un ilícito que responda a los elementos de la figura tipo, como sucede en el caso del enriquecimiento ilícito.

La Convención Interamericana contra la Corrupción consta de 28 Artículos, además de un preámbulo. Tales Artículos no se encuentran divididos en títulos, capítulos o secciones por lo que cualquier clasificación de sus normas no tiene su origen en su texto. Sin embargo, es fácil percibir dentro de la Convención la existencia de normas de diferente naturaleza, así, algunas de sus normas tienen un carácter obligatorio para todos los Estados parte. Es el caso de los Artículos que definen ciertos términos (Artículo I); establecen los propósitos de la Convención (Artículo II); precisan su ámbito y jurisdicción (Artículos IV y V); determinan los efectos sobre el patrimonio del Estado (Artículo XII) o la naturaleza del acto de corrupción (Artículo XVII).

En cuanto a los delitos o actos de corrupción, la Convención buscó una solución imaginativa que permitiera distinguir entre la situación de los Estados que hubiesen tipificado dichos delitos o actos y los que no lo han hecho. Respecto de ciertos actos de corrupción -los establecidos en el Artículo VI- las normas de la Convención son obligatorias para todos los Estados; en cambio, otros actos como el soborno transnacional (Artículo VIII), el enriquecimiento ilícito (Artículo IX) u otros que todavía no se encuentran tipificados en las legislaciones de todos los Estados, como los que se

contienen en el Artículo XI sobre desarrollo progresivo, son sólo obligatorios para aquellos Estados que hayan tipificado esos actos de corrupción como delitos en sus correspondientes legislaciones penales.

Para los Estados que no han tipificado en sus legislaciones tales actos, existe tan sólo la obligación de adoptar las medidas necesarias para tipificarlos como delitos en su derecho interno -obligación que reitera el Artículo VII- sin perjuicio de que esos Estados se encuentren obligados, a brindar la asistencia y cooperación prevista en la Convención, en la medida que sus leyes lo permitan. Corolario de que uno de los propósitos de la Convención es de orden interno, en el Artículo III, como una cláusula programática, se establecen las medidas preventivas, que los Estados convienen en considerar, dentro de sus propios sistemas

4.1.1. Las medidas preventivas que se regulan en la Convención

En el Artículo III, la Convención ha incorporado un conjunto de medidas preventivas, a los fines expuestos en el Artículo II de la Convención. En general, las doce medidas que se incluyen en este artículo tienen un carácter más programático que vinculante para los Estados, toda vez que el compromiso que adquieren los Estados Parte mediante esta disposición es meramente el de considerar su aplicabilidad dentro de sus propios sistemas institucionales.

Estas medidas preventivas que los Estados pueden crear, mantener o fortalecer comprenden, según dispone el Artículo III, las normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas, las que deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y a asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de



sus funciones. Las instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus responsabilidades; los sistemas para la declaración de ingresos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas y para la contratación de los funcionarios públicos, así como para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado, que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas; las leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad, que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra los Estados parte; las medidas que impiden el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros y los mecanismos para estimular la participación civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

También, dentro de estas medidas se incluye el estudio de la relación entre la remuneración equitativa y la probidad en el servicio público. Asimismo, dentro de estas medidas, el Artículo III, incluye crear, mantener o fortalecer sistemas para proteger a los funcionarios públicos y a los ciudadanos que denuncian actos de corrupción.

Las medidas preventivas que se contienen en este Artículo, han servido de fundamento, junto a otras, para la adopción por el XXVII período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), del Programa Interamericano de Cooperación para Combatir la Corrupción.

4.1.2. Ámbito y jurisdicción de la Convención

Conforme al Artículo IV, la Convención debe aplicarse siempre que el presunto acto de corrupción se haya cometido o produzca sus efectos en un Estado Parte.



Sin dudas, la Convención se aplica cuando un acto de corrupción se comete dentro del territorio de un Estado; pero, como ella no precisa el alcance del término efectos, los órganos administrativos o judiciales llamados a aplicarla o interpretarla, deberán, en cada caso, determinar cuándo un acto de corrupción que ha sido cometido en el extranjero produce efectos en el Estado parte.

En materia de jurisdicción, el Artículo V de la Convención, adopta una concepción muy amplia. El párrafo primero de ese Artículo exige a los Estados parte que adopten las medidas necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que han sido tipificados de acuerdo a la Convención, cuando estos se cometan en su territorio o como dispone el párrafo tercero, cuando el presunto delincuente encontrándose en su territorio, el Estado no lo extradite a otro país por motivo de su nacionalidad. Por su parte, el párrafo segundo faculta a los Estados a ejercer su jurisdicción en el caso de que el delito haya sido cometido por uno de sus nacionales o una persona que tenga su residencia habitual en él.

El párrafo cuarto del Artículo V, no excluye la aplicación de cualquier regla de jurisdicción penal establecida por una parte, en virtud de su legislación nacional.

4.1.3. La realidad guatemalteca

En Guatemala, la función pública es reconocida popularmente como la oportunidad que tienen las personas cuando han trabajado las campañas en los partidos políticos que aspiran el poder y llegan al mismo. Lo lamentable es que la función pública no es considerada como un privilegio de las personas de servir a la sociedad, sino se ve como una gran oportunidad de hacer dinero durante un período corto que dura el gobierno de turno.



Existen un cúmulo de leyes administrativas, que regulan las formas en que los funcionarios y empleados públicos de determinada condición salarial deben cumplir con determinadas obligaciones, como hacer declaraciones de probidad, la presentación de los famosos finiquitos cuando entregan un cargo o bien cuando asumen otro cargo público.

Entonces, la normatividad consagra la obligación para los funcionarios y empleados públicos de declarar sus activos y pasivos, pero con deficiencias, puesto que no existe la obligación de especificar si en la declaración se deben incluir también los ingresos, por lo cual solamente los bienes y las deudas deben declararse, ante la Contraloría General de Cuentas y esto es supervisado también por las propias instituciones en donde prestan sus servicios estos funcionarios o empleados públicos.

Las personas obligadas a declarar son los empleados de los organismos del Estado, municipalidades, instituciones autónomas, descentralizadas o de otra naturaleza, que dependan, sean subvencionados o reciban aportes del Estado, cualquiera sea el monto de su sueldo y que por razón de su cargo manejen o administren bienes, fondos o valores. Se excluyen entonces los particulares que desempeñen funciones públicas, como por ejemplo quienes presten servicios por contrato de prestación de servicios y los empleados públicos que no manejen ni administren bienes, fondos o valores.

Se consagran dos oportunidades para presentar la declaración: dentro de los días siguientes a la fecha de toma de posesión del cargo o empleo, con la posibilidad de ampliarla y actualizarla en el mes de enero de cada año, cuando se presenten circunstancias particulares definidas en la ley y cuando cese el ejercicio de su cargo,



dentro de los quince días siguientes, sobre la adquisición de bienes y deudas que contraigan su cónyuge e hijos o menores quienes estuvieren bajo su patria potestad.

Por otra parte, el órgano encargado de recibir e investigar todas las declaraciones que presenten los empleados es la Contraloría General de Cuentas, que se encuentra facultada para pedir la información necesaria para comprobar que las declaraciones son plenamente verídicas, con obligación de denunciar cuando encuentren anomalías en la administración de fondos públicos o bien cuando las anomalías las evidencien en las propias declaraciones de los funcionarios o empleados públicos individualmente considerados..

De acuerdo a lo anterior, cabe señalar que una de las razones por las cuales se ha encontrado deficiencia en las leyes administrativas que controlan la probidad y la responsabilidad de los funcionarios o empleados públicos, cuando estos ostentan cargos, es que evita que otras instancias o funcionarios que están en contacto directo con el funcionario o empleado, puedan diariamente verificar y constatar el aumento significativo y sin justificación de los haberes de tal persona.

Se advierte que la declaración juramentada no incluye a los contratistas que tienen relaciones de servicio permanente con la administración pública, lo cual constituye igualmente una fuente de corrupción en la Administración Pública. Adicionalmente, la Ley no identifica ingresos sino solamente bienes y deudas, lo cual impide detectar los factores de enriquecimiento ilícito y la posibilidad de verificar la información concerniente al incremento patrimonial del funcionario.

Adicionalmente como se verá más adelante, el Código Penal regula una serie de conductas prohibidas que pueden cometer los funcionarios o empleados públicos, pero



para que llegue a estas instancias, se tiene que pasar por una serie de tropiezos y obstáculos que las mismas leyes imponen y que aunado a los compadrazgos, amistades y todo el manejo político de la situación, en que también, lamentablemente se ven involucrados los jueces y magistrados, precisamente, por la forma en que estos son electos, principalmente los magistrados, es que la justicia no llega a sancionar efectivamente los actos de corrupción que cometen los funcionarios o empleados públicos y que precisamente aunado a la falta de una legislación adecuada, son el aliciente de cualquier persona que aspira llegar a un cargo público, pero no a servir a la sociedad, sino a servirse de la misma.

De conformidad con publicaciones de prensa, la necesidad de incluir el delito de enriquecimiento ilícito es imprescindible de conformidad con los últimos acontecimientos que ha sufrido la sociedad guatemalteca, la forma en que los funcionarios y empleados públicos se aprovechan de los fondos del Estado y la impunidad en que estos se encuentran. Los Artículos IX (9) de la Convención Interamericana contra la Corrupción y 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ambas aprobadas y ratificadas por el Estado de Guatemala, disponen que éste deberá crear el delito de enriquecimiento ilícito, por medio del cual se sancione 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.

El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos existe en casi todas las legislaciones del mundo civilizado. Su objetivo es impedir que los funcionarios públicos, a base de sobornos, comisiones derivadas del tráfico de influencias y exacciones ilegales, se enriquezcan en el ejercicio de sus cargos. En la ley penal guatemalteca



existía este delito, pero fue suprimido durante el Gobierno de Álvaro Arzú (1996- 2000) con el voto favorable de los diputados que conformaban la aplanadora amarilla (del Partido de Avanzada Nacional), equivalente a las aplanadoras verde de la Democracia Cristiana Guatemalteca (1986-91) y azul del Frente Republicano Guatemalteco (2000-4).

Desde que se suprimió el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos se alentó aún más la corrupción y la opacidad a todo nivel. No se olvida la venta de los activos del Estado y la instalación del sistema paralelo de gasto público, alimentado por los fideicomisos, los fondos sociales, las transferencias de recursos públicos a ONG nacionales e internacionales, etcétera, que ha redundado en una hemorragia de fondos públicos que todos los días se malgastan.

El motor del sistema paralelo de gasto público es la Secretaría de Coordinación Ejecutiva de la Presidencia (SCEP), creada también durante el Gobierno de Arzú con categoría de ministerio. La SCEP ejecuta su presupuesto discrecionalmente y sin ningún tipo de control. A ella está adscrito el Programa de Apoyo Comunitario Urbano y Rural (PACUR), a través del cual se repartió la obra pública con fines eminentemente clientelares.

La SCEP también alimenta financieramente todo el sistema de Consejos Comunitarios de Desarrollo (Cocodes), que sirven exclusivamente para fines político-electorales.

4.1.4. Enriquecimiento ilícito

En relación al tema del enriquecimiento ilícito, la Convención busca, en primer lugar, que en los países en donde este delito no se encuentre tipificado, en la brevedad

posible se reformen las leyes pertinentes con la finalidad de poder incorporarlo al ordenamiento legal; y en segundo lugar, busca castigar a los funcionarios públicos que pretenden ocupar un cargo público con la finalidad de enriquecerse a costa del Estado y de los ciudadanos.

Es por esa razón que el delito de enriquecimiento ilícito se debe incorporar al Código Penal, ya que sería de gran ayuda al momento de investigar casos de corrupción en el país; el enriquecimiento de funcionarios cuando éstos han ocupado un cargo público es algo común en Guatemala como expresa Acción Ciudadana “ante la falta de funcionamiento pleno de un Estado democrático, que basa su integridad en la responsabilidad de la administración pública ante la ciudadanía, el acceso a puestos en la administración pública ha sido considerado por los funcionarios públicos como una opción personal de vida, sin una clara vocación de servicio.”⁵⁸ Por lo cual es indispensable que tanto este delito como el de soborno transnacional sean incluidos en la legislación penal guatemalteca.

4.2. Lo que sucede con el enriquecimiento ilícito como acto de corrupción contenido en la Convención y el peculado contenido en el Código Penal Guatemalteco

Luego del análisis de algunos ilícitos contenidos en el Código Penal, que pudieran tener relación con el delito de enriquecimiento ilícito regulado en la Convención como acto de corrupción, debe considerarse lo siguiente:

Según Castillo Pilar, “el peculado como delito es la apropiación de dinero o de efectos públicos, pertenecientes a la administración pública, cometida por un funcionario público

⁵⁸ Acción Ciudadana. **Módulo para educandos, transparencia y anticorrupción en el sistema de justicia de Guatemala.** Pág. 9.

o por el encargado de un servicio público, que por razón de su cargo están en posesión de esos bienes. El objeto jurídico de esta acriminación no es tanto la defensa de los bienes patrimoniales de la administración pública, como el interés del Estado, por la probidad y fidelidad del funcionamiento público.”⁵⁹

El autor Kaufmann Daniel, en cuanto a este delito, “se refería a que éste se encuentra establecido dentro de los delitos contra la fe pública. El perjuicio propio del peculado (o de malversación, más que material, es moral y político, pues se concreta en la ofensa al deber de fidelidad del funcionario para con la administración pública. De aquí resulta que este delito es ontológicamente perfecto, aunque no cause ninguna lesión patrimonial a la administración pública, como en el caso de que ésta sea cubierta por la fianza prestada por el funcionario.”⁶⁰

Vargas Oscar René, al referirse a este delito, indica que “implícitamente el provecho entra a formar parte del mismo, como elemento esencial, provecho es cualquier ventaja material o moral, patrimonial o no patrimonial. Se resuelve en alguna ventaja personal del que comete peculado, aunque no corresponda a ningún daño material de la administración. La ley proclama la intangibilidad del patrimonio público, haciendo abstracción del detrimento efectivo que la administración sufre, por eso castiga el peculado aun en el caso de la administración pública que se indemnice y pueda rehacerse con la fianza del empleado. El objeto material es el dinero o efectos públicos pertenecientes a la administración pública.”⁶¹

⁵⁹ Castillo, Pilar. **Ob. Cit.** Pág. 125.

⁶⁰ Kaufmann, Daniel. **Ob. Cit.** Pág. 177.

⁶¹ Vargas, Oscar René. **Ob. Cit.** Pág. 59.



Así mismo el autor Vargas Oscar René, define el concepto dinero como "la moneda y todo lo que a ella se equipara."⁶²

En cuanto al delito de enriquecimiento ilícito, tal como preceptúa la Convención Interamericana contra la corrupción debe considerarse lo siguiente: Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados parte 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.

Entre aquellos Estados Parte que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Este delito 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.

Como puede apreciarse, lo que la Convención sanciona es el enriquecimiento significativamente excesivo para los medios legítimos de un funcionario público y que no pueda ser razonablemente justificado por éste. Tal concepto para que pueda tener

⁶² *Ibid.* Pág. 63.



aplicación supone dentro del Estado un mecanismo que permita el conocimiento de los bienes que tenía el funcionario público antes de asumir sus funciones, como podría ser la obligación que tenga dicho funcionario de presentar una declaración jurada de sus bienes al momento de asumir sus funciones o que anualmente tenga que efectuar esa declaración de bienes, para efectos tributarios. Sin ese conocimiento previo, en la práctica, resultará muy difícil la prueba de que efectivamente ha habido, un enriquecimiento ilícito.

Actualmente, no todos los Estados que suscribieron la Convención tienen incorporada a sus respectivos ordenamientos jurídicos penales la figura delictiva del enriquecimiento ilícito. Al hacer un análisis de las distintas legislaciones, se ha podido determinar que varios países como Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Perú y Venezuela, si han penalizado el enriquecimiento ilícito.

Parece difícil que los Estados del Common Law puedan llegar a establecer en sus ordenamientos jurídicos ese delito, al que podrían considerar contrario al principio de presunción de inocencia, toda vez que este delito supondría una inversión de la carga de la prueba, ya que el enriquecimiento ilícito como indicio de un delito debería ser probado por la autoridad competente y no ser el funcionario público quien, para efectos diferentes a los tributarios, tenga que previamente justificar el incremento de su patrimonio. La existencia de estas dos situaciones diferentes ha significado que la Convención haya optado por conferirle al enriquecimiento ilícito el mismo tratamiento que al soborno transnacional.

Esto es, en primer lugar, que con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Parte que aún no lo han hecho



deberán adoptar las medidas necesarias para tipificar en sus legislaciones el delito del enriquecimiento ilícito y que, entre aquellos Estados que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado, como un acto de corrupción para los propósitos de la Convención; pero, con respecto a aquellos que no han tipificado ese delito, sólo se establece la obligación de brindar la asistencia y cooperación prevista en la Convención en relación con el delito de enriquecimiento ilícito en la medida en que sus leyes lo permitan. Como se verá más adelante, para el caso de Guatemala, existen varias iniciativas de ley relacionadas con el tema, pero que sin embargo, no han tenido resultados positivos como para decir que efectivamente el Estado de Guatemala, está dando cumplimiento a los compromisos contraídos en la Convención.

4.3. Los elementos jurídicos que configuran el delito de enriquecimiento ilícito para cumplir con la Convención Interamericana contra la Corrupción y necesidad de que se incluya en el Código Penal

El enriquecimiento ilícito es un concepto que hace referencia al acto de enriquecerse por medios contrarios a la ley. La noción suele ser utilizada para nombrar al funcionario público que aprovecha su poder y autoridad para realizar negocios ilegales o que obtiene dinero gracias a sobornos. A continuación se mencionan los elementos que lo configuran.

4.3.1. Los elementos jurídicos que configuran el enriquecimiento ilícito

Que el sujeto activo sea un funcionario público o bien una persona que ejerza funciones públicas. En este caso, también, debe considerarse en las formas de autoría y participación otros sujetos activos.



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.

Tal y como se ha definido la figura del enriquecimiento ilícito, se tienen que valorar dos parámetros a los efectos de tener por demostrada la tipicidad objetiva: por una parte la constatación de un ingreso excesivo, tomando como punto de partida los ingresos legítimos del funcionario y, en segundo lugar, el aspecto probatorio del funcionario, donde éste debe justificar -razonablemente- dicho ingreso, caso contrario se tendrá por ilícito el mencionado ingreso.

Esta regulación dependerá entonces, no sólo de un efectivo control de los ingresos de los funcionarios, especialmente, antes de tomar posesión de su cargo, sino también de la asunción legislativa de una efectiva inversión de la carga de la prueba, ya que tiene que ser el funcionario público quien tiene que demostrar que la presunción de ilicitud del ingreso no es cierta.

En cuanto al control de los ingresos y de los bienes del funcionario, este puede lograrse mediante una declaración jurada de sus ingresos y bienes antes de asumir sus funciones, misma que también se puede actualizar anualmente junto con las declaraciones que deben presentarse para efectos de impuestos.

Es un aliciente que la Convención aporte correctivos a aquellos países cuyo orden legal favorece el encubrimiento del enriquecimiento ilícito al amparo de personas jurídicas y muy especialmente, donde las leyes mercantiles desprotegen a los accionistas y socios minoritarios. Respecto al exceso en el incremento del patrimonio del empleado o funcionario público que no pueda justificarse, cabe señalar que el enriquecimiento ilícito

de funcionarios y empleados, no podría aducirse que violenta derechos constitucionales protegidos, pues la acción no es la de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, con lo cual la ley no está consagrando una presunción, sino imponiendo un deber y sancionando penalmente un incumplimiento.

El dispositivo legal tiende a resguardar el honesto y correcto comportamiento de los funcionarios y a evitar que esas funciones se utilicen para beneficiar al agente al margen de la ley, en vez de procurar el bienestar general, como es el deber genérico del servidor público. De esta manera, también podría considerarse como formas de prevención en los cambios de gobierno, en donde las personas consideran que es como sacarse la lotería acceder a un puesto público. Sin lugar a dudas, estas adopciones también tienen que ir ligadas a otra serie de medidas administrativas, como por ejemplo, la carrera civil, el acceso a los puestos por oposición y no precisamente como sucede en la actualidad, que se busca el puesto para la persona y no la persona para el puesto.

4.4. Análisis del Código Penal desde la perspectiva de los actos de corrupción regulados en la Convención Interamericana contra la corrupción

Como se ha venido analizando, existe en el ámbito internacional como un compromiso del Estado de Guatemala, la Convención Interamericana contra la Corrupción, que precisamente como se estableció, regula determinados actos de corrupción que los Estados como obligación tienen que imponer en sus propias legislaciones, para contribuir a evitar los actos de corrupción de que son objeto y que de alguna manera radican negativamente en la falta de transparencia, el mal manejo de los fondos públicos, que son muchos de ellos préstamos concedidos a la sociedad guatemalteca,



para proyectos de beneficio social, pero estos nunca llegan, porque se quedan en los bolsillos de algunos funcionarios o empleados públicos, a sabiendas de que no pueden ser perseguidos penalmente.

Por otro lado, se hace necesario considerar una serie de aspectos propios de la ciencia penal moderna, para tipificar estas conductas establecidas en la Convención y en el Código Penal guatemalteco, o bien crear nuevos cuerpos normativos que se refieran a esto.

4.5. Respecto al bien jurídico tutelado en los delitos relacionados con actos de corrupción

En primer lugar, debe indicarse que el Artículo I, referido a definiciones, contenido en la Convención define dos importantes términos para la aplicación práctica de la Convención y, posteriormente, de la interpretación de los Actos de Corrupción que se establecen en el Artículo VI, se trata de las definiciones de funcionario público y de función pública:

Cabanellas Guillermo, establece que “función pública es toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.”⁶³

Así mismo Cabanellas Guillermo, define el concepto de funcionario público, como “Oficial gubernamental o servidor público, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos

⁶³ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 104.

para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.”⁶⁴

La Convención está incluyendo de esta forma, una definición de funcionario público que se refiere directamente al empleado del Estado que tiene competencias públicas y que presta servicios a la administración pública a su nombre, o por cuenta de ésta. Esta actividad del funcionario público se manifiesta, especialmente, por medio de actos administrativos válidos y eficaces.

De esta manera se equiparan, para efectos de la Convención, los conceptos de funcionario público, de empleado público, servidor público, encargado de servicio público y otros similares que aluden directamente al ejercicio de estas competencias públicas.

La doctrina discute sobre este concepto de funcionario público, indicando que uno de sus aspectos sería más amplio, englobando en el concepto a todos los que participan de la calificación de órgano del Estado, incluso de aquellos sujetos que participan, por ejemplo, de un negocio jurídico, mientras que en un concepto más restringido se estaría indicando como funcionario público únicamente a aquel sujeto que desempeña una función para el Estado. Se trata entonces de personas que de manera concreta desempeñan las funciones de órgano del Estado, las cuales vienen definidas con un valor especial en la ley. Este concepto engloba, por supuesto, la idea de servidor y de empleado público.

Las leyes que regulan el funcionamiento de la administración pública no suelen hacer una distinción sustancial o material entre los conceptos de funcionario público, servidor

⁶⁴Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 104.



público o empleado público, o incluso con el concepto de encargado del servicio. Se suele hacer hincapié en las normas, eso sí, acerca del elemento de la forma de la prestación de los servicios para la administración como parte de la organización pública, así como a la investidura y la selección y también a la naturaleza de su función y competencias.

En materia penal se entiende por funcionario público aquél que por disposición de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas. Serán funcionarios de la administración pública aquellos que estén incorporados a ésta por una relación regulada por el derecho administrativo. Es por ello, que dentro de los elementos que debe comprender este tipo de ilícitos, está el que el sujeto activo del delito son precisamente los funcionarios públicos, o las personas que están al frente de una función pública.

Ahora bien, se hace imprescindible también, delimitar el bien o bienes jurídicos tutelados en este tipo de figuras, puesto que no debe olvidarse el principio de legalidad, que busca someter al legislador al compromiso de construir los tipos penales de manera que protejan bienes jurídicos específicos, claramente delimitables, lo que a su vez permite cumplir con dos funciones esenciales del bien jurídico como instrumento de tutela: por una parte, para servir de indicación precisa del objeto de protección, de tal manera que quede claro para el ciudadano qué es lo que el legislador ha decidido proteger y en qué consiste el ámbito de su libertad y, por otra parte, para establecer un punto de partida de interpretación que desarrolle la íntima vinculación entre la norma penal y el bien jurídico penalmente tutelado, de tal forma que pueda detectarse en el tipo penal mismo, no sólo el objeto de tutela sino también la extensión de la

mencionada tutela. Esto convierte al bien jurídico en el fundamento, por excelencia, del ius puniendi o derecho de castigar del Estado.

Este planteamiento sobre el bien jurídico no es más que una derivación de los extremos de garantía y de limitación al poder penal, que pueden extraerse del principio de tipicidad y de ofensividad penal que forman parte del principio de legalidad criminal, consignado en la Constitución Política de Guatemala, específicamente en el Artículo 12.

La Constitución Política concede una especial atención al tema de los extremos del principio de tipicidad, en cuanto y en tanto compromiso legislativo con el principio de reserva legal del derecho penal y sobre la necesidad de que las leyes que expresen delitos y penas no sólo deben establecer dichas incriminaciones de manera previa, sino también de manera precisa, clara y delimitada, no sólo para alcanzar una legítima actividad represiva del Estado sino también para alcanzar la seguridad jurídica del ciudadano, dando informaciones al entorno social no sólo sobre el ámbito de lo prohibido sino también sobre los contextos de libertad que determinan la actividad de los ciudadanos en el Estado de derecho.

Los tipos penales destinados a tutelar la función pública han de cumplir también estos requisitos constitucionales, toda vez que han de construirse de tal forma que no conviertan al intérprete en legislador abriendo la posibilidad de definir qué acciones son punibles y cuáles no. Esto último no sólo afectaría la seguridad jurídica sino también el principio de división de poderes, donde las funciones de legislar y juzgar han estado siempre separadas, con el fin de impedir el poder de la definición, de lo prohibido del juez, que siempre fue rechazado por la Ilustración y ha inspirado toda la tradición del principio de legalidad criminal.



El Artículo VI de la Convención también contempla como acto de corrupción, en el párrafo c, el hecho mismo de la realización por parte del funcionario público o de alguna persona que ejerza funciones públicas, de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones con el fin de obtener para sí o para otro un beneficio indebido. Esta acción no suele ser considerada directamente en las legislaciones penales vigentes, quizá, debido a que se considera que la acción de aceptar o recibir los beneficios para omitir o realizar actos propios de la función pública encomendada ya incluye la conducta misma que el párrafo c pretende punir. Sin embargo, es de considerar necesario contemplar expresamente esta posibilidad, ya que se trata del caso del funcionario que adrede realiza en forma distinta sus cometidos, con la esperanza de obtener beneficios ilícitos por su gestión.

El párrafo d, alude a la necesidad de incriminación de la conducta de aquél que oculta o se aprovecha dolosamente de los bienes provenientes que hayan sido ofrecidos al funcionario o solicitados por éste por la prestación del servicio público.

Como tal, es una conducta que bien puede completar las acciones preestablecidas en el Artículo VI de la Convención, por lo que la inteligencia del Artículo se orienta a la posible criminalización de otras personas, probablemente distintas del funcionario público, que bien pueden participar con éste en el aprovechamiento o en el ocultamiento de los bienes obtenidos mediante la actividad ilícita del funcionario público.

El párrafo e, incluye referencias a las formas de autoría y participación que deben ser consideradas por el legislador penal. En términos generales se entiende que no sólo el autor principal, por excelencia el funcionario público, es quien debe realizar la conducta,



lo que implica necesariamente que las formas de participación como la complicidad y la instigación, deben ser consideradas en razón de este carácter.

Igualmente, la coautoría lleva a discutir sobre las posibilidades de incluir dispositivos amplificadores del tipo, como la tentativa y la conspiración para abarcar otros autores y facilitadores de la conducta criminal del funcionario público, lo cual sería beneficioso para la legislación nacional, especialmente porque no se dejarían lagunas legales que puedan implicar para los jueces una interpretación errónea de la ley y por lo tanto, obedezca esa interpretación a una posible absolución por razones puramente formales.

4.6. Los actos de corrupción que regula la Convención Interamericana contra la Corrupción y el Código Penal guatemalteco

Tal como ya se ha señalado, la Convención especifica determinados actos de corrupción, sin embargo, para efectos de análisis del presente trabajo, se señalará únicamente los que atañen al de enriquecimiento ilícito.

El Artículo VI de la Convención indica, a su vez, los actos de corrupción y establece algunas de las acciones o conductas que deberían incluirse en las incriminaciones jurídico-penales. Pareciera que el delito a establecerse en el Código Penal, para dar cumplimiento a esta Convención, se debe referir al delito denominado actos de corrupción, en donde puede englobarse todos los señalados por la propia convención.

Por ejemplo en el párrafo a, se hace referencia a la recepción de objetos de valor pecuniario o beneficios tales como dádivas, favores, promesas o ventajas. La realización de esta conducta no es simple, ya que no basta simplemente con la recepción de dichos objetos o beneficios sino que el funcionario público debe supeditar

a este hecho la realización u omisión de actos propios de su cargo. Lo cual no implica que se desestime que no se refiere a un acto de corrupción propiamente dicho.

En el párrafo b, la Convención alude a la acción de quien ofrece al funcionario público los objetos de valor o los beneficios, dádivas, favores, promesas o ventajas mencionados en el párrafo a.

Estas dos conductas suelen ser contempladas en los Códigos Penales dentro de la sección dedicada a los Delitos contra la Función Pública o también contra la administración pública, es decir, se trata de acciones que atentan contra el correcto ejercicio de la potestad pública. En qué consiste este correcto ejercicio, es un concepto normativo que es objeto de discusión doctrinal, ya que en esencia se trata de un bien jurídico de carácter funcional; es decir, de una tutela de un ente o relación de convivencia que consiste en una función, la cual, en estos casos, está referida al ejercicio de potestades legales concedidas a los funcionarios públicos.

No se trata de cualquier función, sino de aquella que está referida directamente a la realización de los fines de la administración pública, fines que están definidos en la ley. Es una función directamente vinculada al servicio de los administrados y por ello su protección, implica una tutela de una de las condiciones fundamentales para la vida en sociedad.

El legislador ha concedido esta tutela, a no dudarlo, considerando que una adecuada e idónea atención del servicio público depende de un correcto ejercicio de las competencias concedidas a los funcionarios públicos. No obstante, no basta con el correcto ejercicio de las competencias públicas, sino del respeto a la legalidad y a la igualdad en la prestación de todos los servicios, los cuales van desde sencillas labores



de tramitación de solicitudes hasta complejas negociaciones y contrataciones en el ámbito público.

Está claro que el ejercicio de estas funciones públicas entraña graves peligros para la vida social, especialmente, cuando los funcionarios supeditan la prestación de los servicios a la entrega de beneficios materiales o a la promesa de contraprestaciones, lo que convertiría todo el ejercicio público en una herramienta de desigualdad y de corrupción. Esto conduce a afirmar que en la idea política criminal tradicional está en primer plano el combate de la corrupción y en segundo lugar una específica tutela de la función pública. Es importante decir esto, ya que política y criminalmente hablando la tendencia de tutela en este grupo de delitos se ubica, en primer lugar, en el objetivo de brindar a la colectividad la garantía de que el correcto cumplimiento de los deberes y funciones públicas implicará, en términos generales, una garantía consecuente de la correcta solución de los conflictos sociales o de la efectivización de los intereses sociales.

Otro ejemplo, podría señalarse en el caso de los actos de corrupción, que el Código Penal guatemalteco, tiene plenamente señalados con nombres distintos, en el caso por ejemplo, de los delitos de cohecho, la intención del legislador se orienta a mantener la racionalidad e imparcialidad del ejercicio de la función administrativa.

En esta materia hay un evidente interés del legislador por alcanzar alguna garantía, por vía punitiva, de la honradez del funcionario público, por ello el bien jurídico que se tutela es precisamente la Función Pública y no las cualidades propias del funcionario público, por lo que el delito se puede cometer aun en el caso de que sea realizado por un funcionario que ya es corrupto. Esto último es importante, ya que la tutela penal resulta

mucho más abarcadora que si se hubiera concentrado a la tutela de las cualidades personales del funcionario público, como pudiera derivarse por ejemplo del enfoque que se pretende en la Convención con el delito de enriquecimiento ilícito.

Cuando un ciudadano realiza la actividad de entregar un bien o realiza una promesa de remuneración, ventaja o beneficio para que el funcionario público omita o realice un acto propio de sus funciones, estará lesionando también el bien jurídico funcional al que se ha hecho referencia. Esta situación práctica sugiere también que el legislador ha considerado que el ciudadano también comparte la responsabilidad de garantizar un correcto ejercicio de la función pública. Por esta última razón se habla de dos conductas: de un cohecho pasivo (que es el del funcionario público) y de un cohecho activo (que es el cometido por el ciudadano), circunstancia distinta sucede en el caso del enriquecimiento ilícito, que es una conducta reprochable únicamente al sujeto activo, como lo es el funcionario público.

4.6.1. Reformas al Código Penal y Código Procesal Penal

Al momento de analizar la Convención, es preciso establecer ciertas figuras delictivas que se hace necesario aplicar para mejorar la lucha en contra de la corrupción; dentro de estos delitos, se encuentran por ejemplo, el soborno transnacional, el enriquecimiento ilícito y la omisión de presentación de declaración jurada patrimonial.

En el Código Penal guatemalteco, no se encuentran incluidos los delitos antes mencionados, es por esta razón que resulta fundamental que exista una modificación al respecto. Asimismo, resulta importante realizar modificaciones al Código Procesal Penal, en lo que se refiere al Criterio de Oportunidad y las Medidas Sustitutivas, ya que



tienden a beneficiar a los funcionarios públicos que cometen actos de corrupción; estos beneficios se estudiarán en el transcurso del presente capítulo.

Como consecuencia de lo anterior, se analizará la importancia de tipificar estas figuras delictivas que buscan contrarrestar de diversas maneras la corrupción dentro de la administración pública, ya que con el fin de combatir toda forma de corrupción en el sector público, debe readecuarse y ajustarse la legislación penal sustantiva, específicamente en lo que respecta a la creación de las figuras delictivas previstas en la referida Convención y otras que son necesarias para cumplir con la finalidad indicada, así como la modificación de las conductas punibles en varios delitos ya existentes, que penalizan actos de corrupción y sus respectivas sanciones, extremo que deberá redundar en una más efectiva disuasión de conductas corruptas.

4.7. Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos

La importancia de tipificar esta figura como delictiva, tal y como lo manifiesta la Coalición por la Transparencia, surge de varias dimensiones, siendo la más relevante la basada en una necesidad político criminal: gran parte de los actos contrarios al interés público cometidos por funcionarios y empleados públicos en la administración de los bienes del Estado presentan dificultades para su prueba y persecución; sin embargo, existen funcionarios públicos que muestran una transformación radical de sus respectivos niveles de vida durante el ejercicio de su función. Se trata entonces, de una alternativa de control público que remite a la necesidad ética de justificar el monto y naturaleza del patrimonio.

Otra figura legal, muy importante de incorporar en la legislación penal, consiste en la del -TESTAFERRO-, que es consecuencia directa del delito de enriquecimiento ilícito, que

es cometido por el funcionario o empleado público, mientras que el sujeto activo en el testafarro, lo constituye la persona interpuesta para ocultar o disimular dicho enriquecimiento ilícito, pudiendo ser un particular o funcionario o empleado público.

En virtud de lo anterior, tipificar los delitos de enriquecimiento ilícito y el de testafarro tiene como objetivo limitar a los funcionarios públicos que llegan a los cargos públicos con el único objetivo de incrementar su patrimonio de una forma desorbitada, ya que como actualmente no existe la tipificación de este ilícito penal, los funcionarios o empleados públicos no tienen ningún obstáculo que les impida seguir cometiendo estos actos de corrupción. Es por esta razón que resulta esencial que nuestra legislación se someta a una modificación con respecto a incluir estas figuras legales.

4.8. Soborno transnacional

Esta figura contenida también en la Convención, es relevante en la lucha contra la corrupción, ya que persigue combatir los actos de corrupción que puedan surgir entre los funcionarios públicos de algún país determinado y las personas de otro, pretendiendo que la corrupción no traspase fronteras, como consecuencia de la llamada globalización económica que, así como tiene infinidad de beneficios para los países, también tiene sus desventajas, siendo la corrupción una de ellas.

El soborno transnacional debe de ser contemplado dentro de legislación guatemalteca, ya que con la firma del tratado de libre comercio entre Estados Unidos de América, Centroamérica, y República Dominicana, tendrá como una de sus consecuencias la incorporación de infinidad de empresas trasnacionales por lo que, en determinados casos, existirán fuertes sumas de dinero a funcionarios públicos con el fin de obtener

beneficios adicionales, como por ejemplo obtener licitaciones de servicios, obviar requisitos en diversos trámites, etc.

Y esto es precisamente lo que se pretende evitar, que no existan beneficios a empresas transnacionales de parte de los funcionarios públicos; por lo cual es fundamental que este delito se tipifique lo más pronto posible.

4.9. Omisión de presentación de declaración jurada patrimonial

La Declaración Jurada Patrimonial, es el informe de los bienes que posee toda persona al momento de asumir un cargo público; en este informe se debe detallar, todos los activos y pasivos que tiene la persona y los ingresos provenientes de sus empresas, tal como lo establece la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios Públicos en su Artículo 20 el cual indica: La declaración patrimonial es la declaración de bienes, derechos y obligaciones que bajo juramento deberán presentar ante la Contraloría General de Cuentas, los funcionarios públicos como requisito para el ejercicio del cargo o empleo; y, al cesar en el mismo, como requisito indispensable para que se le extienda el finiquito 20 años respectivamente.

Por lo cual, se hace necesario que cuando el funcionario público omita presentar dicha declaración, se pueda ejercer la acción penal en su contra.

Esta figura delictiva implícitamente tiene relación con el delito de enriquecimiento ilícito, ya que presentar una declaración jurada patrimonial antes de que una persona se convierta en funcionario público puede dar cierto parámetro para establecer si ésta, en el transcurso del tiempo, se ha enriquecido ilícitamente; ya que con esta declaración se

puede demostrar lo que poseía el funcionario público antes de tomar posesión de su cargo.

Otro punto fundamental, es que el funcionario público al momento de abandonar el cargo, presente una nueva declaración patrimonial, con la finalidad de establecer lo acordado en el párrafo anterior y lo actualice en el ínterin. Es por esta razón, que se hace necesario incluir esta figura delictiva en el ordenamiento legal, ya que así se estará logrando dar un avance importante al momento de establecer si existió un crecimiento desproporcionado en los bienes del funcionario.

Asimismo, la Declaración Jurada Patrimonial servirá de base o de prueba fundamental al momento de querer demostrar que existió un enriquecimiento ilícito por parte del funcionario público ya que nos ayudará a establecer lo indicado en el párrafo anterior.

En Guatemala, la ley que regula lo referente a la declaración de ingresos de los funcionarios o empleados públicos, es la Ley de Probidad y Responsabilidad de funcionarios y empleados públicos, antes referida.

En el Artículo 27 de la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios o Empleados Públicos, se establece que en caso de que se omita presentar la declaración jurada patrimonial, el ente encargado de imponer la sanción de tipo administrativo será la Contraloría General de Cuentas de la Nación, que es el órgano encargado de fiscalizar a los órganos del Estado y consecuentemente a los funcionarios que manejan los recursos que les son asignados a cada dependencia.

La sanción administrativa que se impone a los funcionarios públicos que omiten presentar la declaración jurada patrimonial se encuentra establecida en el Artículo 39 de la Ley de Contraloría General de Cuentas de la Nación, la cual establece que para el

caso específico de la falta de cumplimiento de la entrega de la Declaración Jurada Patrimonial en la oportunidad, forma y condiciones establecidas en la Ley de Probidad y responsabilidad de funcionarios y empleados públicos, la sanción corresponderá a la multiplicación del salario o sueldo mensual del responsable por los meses de atraso en la entrega de la declaratoria.

Sin embargo, el problema de la falta de aplicación de estas normas radica en la escasa capacidad técnica de la Contraloría General de Cuentas de la Nación para recabar la información o para darle seguimiento a todos los casos, debido a que existe en consecuencia falta de personal y de recursos. Así también en ninguna de las dos normas se especifica el procedimiento para imponer las multas, ni los plazos en que las sanciones deben imponerse; por lo que se ha vuelto una costumbre que dichas sanciones sean aplicadas de forma discrecional por parte de las autoridades.

Por lo cual, es necesario, en primer lugar y como anteriormente se explicó, tipificar el delito de omisión de presentación de declaración jurada patrimonial, ya que con esto se estará logrando incorporar concretamente un procedimiento para aplicar la sanción penal. Así también, es necesario fortalecer los órganos de control, en este caso la Contraloría General de Cuentas, para que cuente con capacidad, tanto de personal como técnica y de esta manera exista un verdadero seguimiento a cada caso concreto que se llegue a presentar.

En el actual gobierno, se crearon las normas de ética del Organismo Ejecutivo, mediante el Acuerdo Gubernativo 197-2004, con la finalidad de que todos los miembros del ejecutivo se comprometieran a realizar lo establecido en el Artículo 9 de dicha ley; la cual indica los deberes y obligaciones de los funcionarios; dentro de estos podemos



mencionar que los funcionarios no deben de hacer mal uso de la información que puedan llegar a conocer; se deben de abstener de solicitar, aceptar o recibir por sí o por medio de otra persona cualquier dádiva o recompensa que se le pudiera otorgar; así también los miembros del Organismo Ejecutivo, deben de abstenerse de intervenir directa o indirectamente en lo que se refiere a los nombramientos o contratación de otras personas; y deben desempeñar su puesto sin pretender beneficios adicionales a su remuneración y deben presentar la declaración jurada patrimonial.

Sin embargo, es un acto de buena voluntad por parte del Organismo antes indicado, ya que no contiene ninguna sanción en sí.

4.10. Modificación de penas y sanciones del Código Penal

Pero no sólo con incorporar las nuevas figuras delictivas contenidas en la Convención sería suficiente, ya que también es necesario que ciertos delitos que ya se encuentran tipificados en el Código Penal deben modificarse, en el sentido de que no poseen una pena de acuerdo al daño cometido, porque eso será un verdadero disuasivo.

Por lo tanto, es necesario modificar las penas y sanciones pecuniarias de estos delitos; dentro de los cuales se pueden mencionar los que se cometen en contra de la administración pública, como lo son el cohecho pasivo, cohecho activo, peculado y malversación, que son figuras que combaten la corrupción, pero que poseen una sanción poco rigurosa. Un ejemplo claro, es el delito de malversación, que se encuentra regulado en el Artículo 447 del Código Penal y establece que 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 cien a mil quetzales. La sanción señalada se aumentara al doble si a consecuencia de la



malversación resultare el daño o entorpecimiento del servicio a que los cuales o efectos estuvieren consignados.

Esto en Guatemala, en donde día a día surgen nuevos actos de corrupción cometidos por funcionarios públicos es intolerable y es un ejemplo claro de la urgencia que existe para modificar el Código Penal en tal sentido.

Asimismo, es fundamental que se reformen ciertos artículos que surtirían efectos inmediatos de combate contra la corrupción y que actualmente no se han contemplado, como por ejemplo el Artículo 51 del Código Penal, que se refiere a los delitos que son inconvertibles o a los cuales no se les debe otorgar ninguna medida sustitutiva, por lo cual sería importante incorporar dentro de estos delitos, aquellos que cometan los funcionarios públicos en contra de la administración pública en el ejercicio de sus funciones lo que daría un avance muy importante en el combate contra la corrupción.

Otro artículo importante de modificar es el 108 del Código Penal, que trata acerca del término en que corre la prescripción de la responsabilidad penal, y en el cual se busca incorporar a los incisos ya contemplados, el de los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Esto con el objeto de que la prescripción de los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones empiece a transcurrir desde el momento en que abandono el uso en el ejercicio de la función pública, con la finalidad de que exista un mayor tiempo para realizar la investigación del caso.

Por estas razones es fundamental que al Código Penal se le realicen las modificaciones anteriormente mencionadas, ya que así, se podrá observar un cambio en la aplicación

contra la lucha contra la corrupción y existirá una mejor aplicación y cumplimiento de la Convención en el país.

4.11. Código procesal penal

4.11.1. Criterio de oportunidad

En primer lugar, es necesario establecer ¿qué es el criterio de oportunidad? El Artículo 25 del Código Procesal Penal, indica que se aplicará cuando el Ministerio Público considere que el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados, previo consentimiento del agraviado y autorización judicial, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en los siguientes casos: a continuación se enumeran 6 incisos, en el último párrafo del presente Artículo, se menciona que el criterio de oportunidad a que se refieren los numerales del 1 al 5, no será aplicables a los delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de su cargo.

El problema de este artículo, radica en el numeral 6, el cual establece lo siguiente: El criterio de oportunidad se aplicará por los jueces de primera instancia obligadamente a los cómplices o autores del delito de encubrimiento que presten declaración eficaz contra los autores de los delitos siguientes: contra la salud, defraudación, contrabando, delitos contra la hacienda pública, la economía nacional, la seguridad del Estado, contra la Constitución, contra el orden público contra la tranquilidad social, cohecho, peculado y negociaciones ilícitas. Al final del párrafo se agrega en este caso, -el juez de primera instancia está obligado a autorizarlo aplicándose de oficio en esta oportunidad el sobreseimiento correspondiente-.

En otras palabras, lo estipulado en el Artículo anteriormente mencionado, establece que si un funcionario público fue cómplice o encubrió a otro funcionario público en la realización de actos de corrupción, y posteriormente emite declaración proporcionando información al Ministerio Público con el objeto de capturar al autor del delito, el funcionario público encubridor o cómplice y desde luego corrupto, tiene el beneficio de no ser perseguido penalmente por ningún delito y el juez está obligado a otorgarle la libertad.

En virtud de lo anterior, esto significa un retroceso en la lucha contra la corrupción; que exista tal beneficio para los funcionarios públicos que sean cómplices o encubridores de otros funcionarios corruptos. Es por esta razón, que se busca modificar el artículo anterior, en el sentido de eliminar el beneficio, contenido en el inciso 6.

Tal reforma se basa no sólo en lo establecido en la Convención Interamericana Contra la Corrupción, que pretende un efectivo combate contra la corrupción; sino, en lo establecido en el Artículo 1 de la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos donde se establece que: 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 o valores públicos, determinando la responsabilidad en que incurran.

El Artículo 6 del mismo cuerpo legal señala los principios de probidad, dentro de los cuales se destaca: b) El ejercicio de la función pública con transparencia; Fundamentándose en los artículos anteriores y con el objetivo de erradicar la corrupción en el Estado, es necesario modificar el Artículo 25 del Código Procesal Penal, eliminando el privilegio de que gozan los funcionarios públicos que se encuentran enumerados en el inciso 6 de tal artículo.

4.11.2. Medidas sustitutivas

El Código Procesal Penal, en su Artículo 264 establece qué son las medidas sustitutivas, y manifiesta que éstas se aplicarán, siempre y cuando no haya peligro de fuga del imputado o no exista obstaculización para la averiguación de la verdad por parte de éste. En otras palabras, son aquellas medidas que se le otorgan al imputado con la finalidad de evitar la prisión corporal preventiva.

En cuanto al tema de investigación, el Artículo 264 resulta de vital importancia para el combate contra la corrupción, ya que en uno de sus párrafos establece lo siguiente: No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales o por delitos de asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje robo agravado y hurto agravado.

En base a lo anterior, es indispensable incluir dentro de estos delitos, los cometidos en contra de la administración pública; esto con el objetivo, de que los funcionarios públicos, que sean acusados por un delito contra de la administración pública, no gocen

del privilegio de obtener alguna medida sustitutiva, que los libre de ir a prisión preventiva.

Esta modificación es de vital importancia en la lucha contra la corrupción, ya que tendría como objetivo primordial, enviar un mensaje a todos aquellos funcionarios públicos que pretendan cometer algún acto de corrupción, de que si se les inicia un proceso penal por este motivo, no tendrán el privilegio de gozar de ninguna medida sustitutiva, por lo cual tiene un efecto disuasivo.

En vista de lo anteriormente expuesto en el presente capítulo, resulta de vital importancia que tanto el Código Penal como el Código Procesal Penal, se modifiquen, ya que se estaría adecuando de mejor manera la legislación a lo requerido por la Convención Interamericana Contra la Corrupción y se lograría un avance significativo en la lucha contra la corrupción.

4.12. Órganos de control

4.12.1. Comisión para la transparencia y contra la corrupción

Antes de entrar a conocer lo que es la Comisión para la Transparencia y contra la Corrupción, es necesario mencionar que esta Comisión no es un órgano de control, ya que su función está enfocada a otro aspecto, que se detallará más adelante.

a) Origen

Como consecuencia de la ratificación por parte del Estado de Guatemala de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, que entró en vigencia el 2 de agosto

del 2001, fue necesario crear la autoridad central encargada de dirigir la estrategia del gobierno con la finalidad de combatir, prevenir y erradicar la corrupción.

En consecuencia, mediante el Acuerdo Gubernativo Número 469-2002 se creó la comisión guatemalteca contra la corrupción, la cual tuvo poca trascendencia en el tiempo que estuvo funcionando, ya que los resultados nunca fueron alentadores ni mucho menos eficientes.

Posteriormente, en el actual gobierno se decidió derogar el acuerdo antes mencionado y se creó bajo el Acuerdo Número 91-2004 la comisión para la transparencia y contra la corrupción, la cual está a cargo de un comisionado.

b) Finalidad

La Comisión tiene como objetivo dirigir la Política gubernamental orientada a combatir la corrupción, así como asesorar al Presidente de la República en cuanto a crear mecanismos de prevención y combate a este flagelo. Las funciones de la comisión se establecen en el Artículo 2 del Acuerdo Gubernativo, las cuales se indican a continuación:

- Alentar y apoyar iniciativas que contribuyan al alcance de los objetivos de la política gubernamental de transparencia y combate a la corrupción.
- Orientar y asesorar al Presidente de la República y Ministros de Estado, en cuanto a la adopción de mecanismos y creación de normas para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción y promoción de la transparencia establecidos en instrumentos normativos de carácter nacional e internacional.



- Promover la creación de un Consejo Multidisciplinario para la transparencia, integrado por delegados del Gobierno de la República y personalidades honorables de la sociedad civil guatemalteca, nombrados por el Presidente de la República a propuesta del comisionado para la transparencia y contra la corrupción, cuyo propósito es apoyar e impulsar la política gubernamental de transparencia y combate a la corrupción.
- Asesorar al Presidente de la República en la elaboración de políticas generales, proyectos de ley, reglamentaciones, procedimientos para la prevención y combate a la corrupción.
- Promover y facilitar espacios de diálogo, orientación, reflexión, sensibilización, estudio y análisis sobre la importancia del establecimiento de una cultura general de transparencia y de combate a la corrupción.
- Asesorar al Presidente de la República en materia de combate a la corrupción y promoción de la transparencia.

La actual comisión no ha logrado obtener los resultados esperados y esto es como consecuencia de la falta de institucionalidad que tiene dicha comisión, por lo cual es difícil que se tomen en cuenta las propuestas proyectadas por esta instancia.

Por esta razón es necesario que exista una reforma a la Ley del Organismo Ejecutivo, donde se le otorguen mayores facultades de accionar a la comisión, como por ejemplo, darle seguimiento a casos de corrupción que se detecten en alguna institución del Estado, así también pretender que las propuestas presentadas a los demás



Organismos del Estado sean vinculantes y los estudios efectuados realmente sean tomados en cuenta.

En Guatemala, se ha logrado desarrollar políticas dirigidas a disminuir la corrupción, pero es necesario que se apliquen de mejor manera, un ejemplo claro es el sistema de Guatecompras, que es un mecanismo que tiene como finalidad que las instituciones den a conocer a través de internet todos sus ingresos y egresos de los fondos que manejan; pero se han divulgado numerosos casos en los cuales las instituciones no informan de todos sus egresos, y aquí es donde falta una mejor aplicación de dicho mecanismo; otro acto que se puede resaltar es la adopción del Acuerdo Gubernativo Número 645-2005 que regula las normas generales de acceso a la información pública en el Organismo Ejecutivo y sus dependencias, esto con el objetivo de que la sociedad guatemalteca tenga acceso a la información de las entidades. Pero a pesar de los esfuerzos que se han realizado, nuestra legislación en comparación con otros países latinoamericanos como Colombia y México, a Guatemala todavía le falta avanzar para poseer una política alentadora contra la corrupción.

Por ejemplo en Colombia, la autoridad central es el Programa Presidencial de lucha contra la corrupción, que en estructura equivale a un ministerio en Guatemala; esta autoridad, además de asesorar al Presidente en la lucha contra la corrupción, tiene la función de coordinar entre todos los órganos de control, las acciones que se encuentren dirigidas al combate de la corrupción, es decir que posee facultades necesarias para que sus acciones u opiniones puedan ser vinculantes al momento de presentarlas a los demás Organismos del Estado.



Además, cuenta con una ley específica que regula todo lo relativo al programa, en la cual se establecen todas las facultades que posee dicho ente. Otro punto importante, es que a dicho programa, se le otorga un amplio presupuesto, con el objetivo de que todos los proyectos dirigidos a prevenir la corrupción no queden engavetados como consecuencia de falta de recursos.

Entre los proyectos que se pueden resaltar, se encuentra el programa de los pactos por la transparencia, que son acuerdos de voluntades suscritos por el alcalde municipal, el gobernador departamental o el director de una corporación autónoma regional y por otra parte la ciudadanía, a través de sus organizaciones representativas. El programa presidencial actúa como testigo de ese acuerdo de voluntades.

También hay que resaltar la influencia o participación que dicho programa presidencial tiene en todos los sectores, ya que se cuenta con un amplio control sobre los problemas de corrupción que pudieran suscitarse en algún municipio.

Además del programa antes mencionado, cuenta además con el programa de cultura de la legalidad, que se imparte a los alumnos de noveno grado con el fin de inculcar la cultura de la legalidad a los jóvenes, algo fundamental en la lucha contra la corrupción, ya que tiene como objetivo que los jóvenes adquieran esa cultura como propia; que se den cuenta de lo grave que puede ser la corrupción, y del impacto que tiene en la economía de todos los ciudadanos.

Y por otra parte, también cuentan con un programa destinado a los menores de edad comprendidos entre los 6 y 14 años, que se llama plan de promoción de valores éticos para niños (plan v), que consiste en talleres donde se enseña a los niños a reforzar

ciertos valores como la responsabilidad, el respeto, la solidaridad y sobre todo la honestidad.

Otro país en donde se cuenta con una política dirigida a combatir la corrupción eficiente es México, el cual posee una secretaría, que es la autoridad central orientada a prevenir y dictar las medidas destinadas a erradicar la corrupción.

La Secretaría, que también equivale a un ministerio en Guatemala, tiene como principal característica la facultad de poder participar activamente en casos que se ventilan contra la corrupción; como por ejemplo, recibiendo denuncias de corrupción y posteriormente dándole seguimiento a estos casos.

Un punto muy importante, es que tiene las facultades necesarias para que sus proyectos sean tomados en cuenta, sus estudios o investigaciones son vinculantes en los demás Organismos del Estado. Asimismo, sus facultades legales se encuentran reguladas en una ley específica y en la cual se determinan sus derechos y obligaciones.

En vista de lo anterior, se puede explicar la falta de resultados por parte de la Comisión. Es necesario que en Guatemala exista voluntad política para que pueda llegar a ser verdaderamente una institución encargada de combatir la corrupción; y hasta que no se llegue al punto en donde se realicen reformas normativas con la finalidad de otorgarle mayores facultades a la comisión para actuar, es muy difícil que los proyectos, estudios y propuestas lleguen a concretarse.

Por otra parte, es indispensable que se le otorguen mayores recursos a la comisión, tanto a nivel económico, como de personal, ya que en la actualidad, la comisión es unipersonal y su equipo de trabajo es muy reducido y como bien lo expone el Gobierno

de Colombia, el problema de corrupción tiene que ser política de Estado, tiene que existir un seguimiento institucional, no importando el gobierno que se encuentre de turno; si no es así, es muy difícil poder contrarrestar este grave problema.

4.12.2. Fiscalía de sección contra la corrupción

a) Origen

Como consecuencia de diversos actos de corrupción que se estaban cometiendo en contra de la administración pública y la investigación de dichos ilícitos recaía sobre la fiscalía de delitos administrativos y la de delitos económicos, el Ministerio Público decidió que era necesario crear una fiscalía especializada para combatir esta clase de delitos.

Es por esta razón, que mediante el Acuerdo Número tres del Consejo del Ministerio Público, de fecha veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, se creó la Fiscalía de Sección contra la Corrupción. Esta fiscalía, comenzó a funcionar, el veintiocho de abril del dos mil; y como consecuencia, tanto la fiscalía de delitos administrativos como la fiscalía de delitos económicos, fueron liquidando los delitos relativos a corrupción que tenían a su cargo.

b) Funciones

El segundo considerando del Acuerdo en que fue creada la fiscalía, establece que la concreción de estas finalidades sólo pueden lograrse mediante la creación y funcionamiento de órganos que permitan a la Institución, promover la investigación e instar la persecución penal en forma técnica e inmediata, especialmente en aquellos casos en los que la acción penal sea la consecuencia de la conducta oficial de los

funcionarios y empleados públicos a quienes la ciudadanía guatemalteca demanda decoro, pureza en el manejo de la cauda pública y probidad, como mecanismos sociales de control contra los abusos y la corrupción que durante décadas han ido en detrimento de la paz social, la justicia y la seguridad de los guatemaltecos.

En base a lo anterior, se establece que es necesario crear instituciones encargadas de combatir específicamente los actos de corrupción; y es por lo cual el Ministerio Público decidió crear una fiscalía especializada con el fin de combatir dichos actos. Por otra parte, se menciona a la fiscalía como un órgano de control, ya que lo que persigue es iniciar tanto la investigación como la acción penal en contra de cualquier persona que cometa un acto de corrupción en contra de la administración pública.

El Artículo 1 del ya citado Acuerdo, establece que la fiscalía tendrá facultad para investigar y perseguir penalmente los delitos que constituyan hechos de corrupción en los que se encuentren implicados funcionarios y empleados públicos. En el artículo anterior, se manifiesta la principal función de la fiscalía, ya que como se expuso anteriormente, ésta se encargará de iniciar la acción penal en contra de funcionarios o empleados públicos que cometan actos de corrupción.

Es importante resaltar el contenido del Artículo 3 del Acuerdo antes mencionado, donde se establece que la fiscalía de sección contra la corrupción, conocerá de los hechos delictivos de su competencia que se produzcan en el territorio guatemalteco, a partir de la fecha de funcionamiento, salvo que por la gravedad del asunto el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, emita una instrucción específica distinta.

En el Artículo 3 se deja abierta la posibilidad de que el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, puedan involucrarse o tomar decisiones que afecten el funcionamiento y sobre todo limitar el desempeño de la Fiscalía.

Por último, se puede destacar, que el Ministerio Público con la creación de la Fiscalía, ha dado un gran avance, con el objeto de combatir la corrupción, ya que existiendo una Fiscalía que tenga como único objetivo el de investigar actos de corrupción, se presume que existirán mejores resultados a la hora de iniciar una investigación al respecto.

También queda claro, que es necesario fortalecer a dicha Fiscalía, como por ejemplo, capacitar de mejor manera al personal, en temas que tengan relación a la corrupción, contratar personal capaz y probo, por último, proporcionarle los medios necesarios para realizar una investigación eficaz. Asimismo, es necesario que exista cooperación con las demás instituciones, como por ejemplo con la Contraloría General de Cuentas, ya que si existe ayuda mutua de estas dos instituciones públicas, los resultados serán positivos.

4.12.3. Contraloría General de Cuentas

El Artículo 232 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que la Contraloría General de Cuentas, es una institución técnica descentralizada, con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas. También están sujetos a esta fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier otra persona que, por delegación del Estado, invierta o administre

fondos públicos. Su organización, funcionamiento y atribuciones serán determinados por su ley.

En base a lo anterior, se establece que la Contraloría General de Cuentas, asume un papel importante en materia de fiscalización; es el principal ente encargado de velar porque los recursos del Estado sean bien administrados, por lo cual es una institución fundamental en la lucha contra la corrupción. La Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, se encuentra en Decreto Número 31-2002, y su reglamento en el Acuerdo Gubernativo 318-2003.

a) Funciones

De las principales funciones de la Contraloría General de Cuentas, las cuales se encuentran en el Artículo 3 de la Ley Orgánica, se puede relacionar con el tema las siguientes:

1. Apoyar el diseño e implementación de mecanismos de participación ciudadana para el fortalecimiento de la transparencia, probidad y credibilidad de la gestión pública y del proceso de rendición de cuentas, como medio de lucha contra la corrupción, el peculado, el tráfico de influencias, la malversación de fondos y el desvío de recursos.
2. Promover y vigilar la responsabilidad de los servidores públicos para que puedan rendir cuentas públicamente, de manera amplia y oportuna, tanto de la regularidad en el manejo de los bienes y recursos, como de los resultados cualitativos y cuantitativos obtenidos en su gestión.

3. Promover procesos de capacitación para funcionarios públicos responsables de la administración, ejecución o supervisión del patrimonio hacendario del Estado.
4. Promover la modernización de la auditoría interna y externa gubernamentales, para garantizar un mejor servicio a las instituciones públicas, con el fin de mantener actualizados los procesos y sistemas operativos y de control.
5. Velar por la probidad, transparencia y honestidad de la administración pública.
6. Promover y vigilar la calidad del gasto público.

De acuerdo a las funciones antes indicadas, se podría deducir que cumpliendo a cabalidad cada una de ellas, la Contraloría sería un órgano de control altamente eficaz la imparcialidad del Contralor, señalada por el carácter unipersonal de su mandato. Es por ello que a la par de un régimen autónomo, se discute la viabilidad de que la Contraloría General de Cuentas podría disponer de un cuerpo colegiado de contralores, que asumieran los atributos que actualmente, se encuentran centralizados en la figura del Contralor. Con las disposiciones actuales resulta difícil neutralizar la supuesta inclinación de un funcionario a favorecer un sector específico.

Otro aspecto por el que es criticada la Contraloría General de Cuentas es por el poco seguimiento que le da a casos concretos donde existen indicios de mal manejo de fondos públicos. Esto se debe a la falta de recursos económicos para fiscalizar adecuadamente y a la carencia de recurso humano debidamente capacitado.

Otro punto muy importante en la falta de eficacia de la Contraloría General de Cuentas es la poca coordinación que existe con otros órganos de control, como podría ser el Ministerio Publico, ya que la Contraloría General de Cuentas tiene la función de

identificar las anomalías y posteriormente presentar la denuncia ante el ente acusador como es el Ministerio Público; pero muchas veces, los mismos órganos de control se señalan mutuamente de no tener la colaboración adecuada para realizar de una mejor manera una lucha eficaz contra la corrupción.

b) Organización y estructura orgánica

La estructura orgánica de la Contraloría General de Cuentas está compuesta por el Contralor General de Cuentas, el Subcontralor de Probidad, el Subcontralor de Calidad de gasto público y los directores de área. Según lo establecido en el Artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, el Contralor General de Cuentas es el jefe de la Contraloría General de Cuentas y máxima autoridad de la institución.

El nombramiento del Contralor le corresponde al Congreso de la República de Guatemala, y como bien establece el Artículo 233 de la Constitución Política de la República de Guatemala, sobre la elección del contralor, expone que será electo para un periodo de cuatro años, por mayoría absoluta de diputados. Es necesario resaltar que en el mismo artículo, se indica que la elección del Contralor saldrá de una nómina de seis candidatos propuestos por una Comisión de Postulación, la cual se integra de la siguiente manera:

- Un representante de los Rectores de las Universidades del país.
- Los Decanos de las Facultades que incluyan la carrera de Contaduría Pública y Auditoría.



- Un número equivalente de representantes electos por la Asamblea General del Colegio de Economistas, Contadores Públicos y Auditores y Administradores de Empresas.

Se puede mencionar que esta comisión de postulación, tiene una función primordial al momento de escoger a los seis candidatos a contralor, ya que en ellos recae la responsabilidad de seleccionar a las personas más idóneas y capaces para optar a este cargo público tan importante. Anteriormente se ha puesto énfasis en la importancia de elegir a un Contralor que posea todas las cualidades necesarias para realizar su labor de una manera eficaz, dentro de estas cualidades se puede resaltar la honestidad, capacidad académica, independencia política y sobre todo honradez.

Y como bien lo expone el Artículo 234 de la Constitución Política de la República de Guatemala, dentro de los requisitos para optar a dicho cargo, se mencionan que debe ser mayor de cuarenta años, guatemalteco, contador público y auditor, de reconocida honorabilidad y prestigio profesional, entre otros.

Es necesario contar con todos estos requisitos, ya que en la figura del Contralor recae la responsabilidad de elegir a toda la estructura de la Contraloría General de Cuentas, además de ser el encargado de la institución que tiene como función primordial la fiscalización de todas las entidades que reciben fondos del Estado tanto directa como indirectamente. Por todo lo expuesto, es necesario que exista voluntad política por parte de los entes encargados de proponer al Contralor y sobre todo del Congreso de la República, ya que muchas veces al momento de elegir a dicho funcionario público, éste se ve comprometido con cierto grupo político, por lo cual la independencia de la institución se ve afectada desde el primer momento.

CONCLUSIONES

1. La corrupción es uno de los mayores obstáculos para el desarrollo de un país, que afecta a la democracia y que tiende a socavar las instituciones del Estado, y además como consecuencias de este flagelo se pueden mencionar a la pobreza, falta de infraestructura y falta de educación, entre otras.
2. El Código Penal y Procesal Penal cuentan con una serie de conductas relacionadas con actos de corrupción; sin embargo, de las conductas que señala en la Convención Interamericana contra la Corrupción, éstas no se encuentran tipificadas como delitos, lo cual ha sido un aliciente para los funcionarios y empleados públicos pues quedan impunes los actos de corrupción que realizan en la administración pública.
3. La falta de voluntad política por parte de algunos sectores del Estado, ha contribuido enormemente a que la corrupción vaya aumentando; ya que la lucha contra este mal no se aplica como una política de Estado; dándole seguimiento a los proyectos dirigidos a promover cambios positivos, en que todas las instituciones del Estado contribuyan a promover la transparencia.



4. Aun no existe una reforma, tanto al Código Penal como al Código Procesal Penal, con el fin de tipificar delitos como el enriquecimiento ilícito, el soborno transnacional y la omisión de presentación de la declaración jurada patrimonial por parte de funcionarios y empleados públicos; es preciso el aumento de las penas a los delitos cometidos por funcionarios y empleados públicos en contra de la administración pública.



RECOMENDACIONES

1. Al Organismo Ejecutivo, a través del Ministerio de Educación, incluya los pensa, desde primaria hasta diversificado, un curso de ética y valores en la función pública; asimismo, promover proyectos dirigidos a alentar a los funcionarios y empleados públicos, para que denuncien los actos de corrupción.
2. El Congreso de la República de Guatemala debe modificar, tanto el Código Penal como el Código Procesal Penal, con el fin de tipificar delitos como el soborno transnacional, el enriquecimiento ilícito y la omisión de presentación de la declaración jurada patrimonial por parte de los funcionarios y empleados públicos;
3. Es obligación que la sociedad civil intervenir y presionar en relaciona a la creación de una normativa, que contribuya a contrarrestar la problemática de la corrupción en la administración pública que se encuentra enraizada, obligando a todas las instituciones del Estado, como las Municipalidades, ONGS, fideicomisos, entidades descentralizadas y autónomas a que por medio de Guatecompras, den a conocer el destino de los fondos públicos.



4. A la Secretaria de Comunicación Social de la Presidencia de la República le corresponde dar a conocer a la ciudadanía sus derechos, además el marco legal que los respalda, enfatizando los acuerdos o convenios internacionales principalmente la Convención Interamericana contra la Corrupción, para que no sea solamente un grupo de personas las que se interesen por su implementación en Guatemala.



BIBLIOGRAFÍA

ACCIÓN CIUDADANA. **Módulo para educandos, transparencia y anticorrupción en el sistema de justicia de Guatemala.** 2ª. ed. Guatemala: Serviprensa 2005.

BINDER BARZIZZA, Alberto. **Corrupción y sistemas judiciales.** San José de Costa Rica, Costa Rica: (s.e.), 1991.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** 7t.; 27a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 2001.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho elemental.** 10ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1976.

CALDERÓN MORALES, Hugo H. **Derecho administrativo I.** 3ra. ed. Guatemala: Ed. Llerena. 2003.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo. Teoría de la Administración.** Guatemala: Ed. Estadística. 2004.

CASTILLO, Pilar. **Análisis de los delitos cometidos por funcionarios públicos.** 5ª. Ed.; Madrid: (s.e.), 2005.

CEPEDA ULLOA, Fernando. **Análisis del delito de tráfico de influencias.** 4a. ed.; Bogotá, Colombia: (s.e.), 2006.

CEPEDA ULLOA, Fernando. **Corrupción y gobernabilidad.** Bogotá, Colombia: Ed. 3R Ed. 2000.

CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS. **Proyecto ATN/SF-5973-gu.BID. Ética, moral pública y lucha contra la corrupción.** Guatemala, (s.e.) 2000.

CORTINA, Adela. **Ética sin moral.** Ed. tecnos. Cuarta ed. Madrid, España: 1995.



CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal parte especial**. 2º. tomo. Barcelona España: Ed. Boch, (s.f.)

DE LEÓN VELÁSICO, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial**. Guatemala, Guatemala: (s.e.), 2003.

DIEZ, Manuel María. **Derecho administrativo**. 6º. tomo, 2a. ed. Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1974.

ENRÍQUEZ, Carlos. **Diccionario de introducción al derecho español**. 9a. ed; España: Ed. Catalanes, 2006.

GALLARDO LAPORTA, Miguel. **Estudio de la criminología en el Estado**. 6a. ed; España: Ed. Catalanes, 2005.

GODINEZ BOLAÑOS, Rafael. **Servicios públicos y servicios sociales**, Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, Colección Juritex, 2004.

GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Sistemas de organización en la administración pública**. Facultad de Derecho, USAC, Guatemala: (s.e), 1992.

IBARRA, Carmen Aída y Paz Archiva Carlos. **El problema de la corrupción en el Sistema de administración de justicia**. Guatemala: Fundación Mirna Mack 2002.

KAUFMANN, Daniel. **Corrupción: Los hechos. Política extranjera**. No. 107, verano (s.l.i), (s.e), 1997.

KLITGAARD, Roberto. **Cooperación internacional contra la corrupción. Finanzas y desarrollo**. Vol. 35, No.1, marcha (s.l.i), (s.e), 1998.

LAPORTA, Francisco y J. Silvia Álvarez. **La corrupción política**. España: Alianza Ed. 1997.



MARROQUÍN, Manfredo. **Convención interamericana contra la corrupción**
Proyecto: Alianza por la transparencia. Fortalecimiento de los órganos de
Control. Cámara de Comercio, (s.l.i), (s.e), Guatemala: 2004.

PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría del Estado.** 11ª. ed. México: Ed. Porrúa, 1978.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1981.

RAMIREZ FERNANDEZ, William y Nadezhda Vásquez Cucho. **Manual de delitos cometidos por funcionarios públicos en el código penal guatemalteco.** Madrid, España: Ed. Palmera records. 2007.

VARGAS, Oscar René. **Círculos del infierno: Corrupción dinero y poder.** Managua: Foro Democrático/Ceren, 2000.

Legislación:

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

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

Código Procesal Penal. Decreto Número 57-92, del Congreso de la República de Guatemala. 1992.

Código Municipal. Decreto Número 12-2002 y sus reformas 56-2002 90- 2005 y 22-210, del Congreso de la República de Guatemala. 2002.

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

Ley de Servicio Público. Decreto Número 1748 del Congreso de la República de Guatemala. 1948.

Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas. Decreto Número 31-2002 del Congreso de la República de Guatemala. 2002



Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos. Decreto Número 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala. 2002

Ley en Materia de Antejucio. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 85-02, 2002.

Ley Orgánica del Presupuesto y su Reglamento. Decreto Número 101-97, del Congreso de la República, 1997.

Ley del Organismo Ejecutivo y sus reformas., Decretos Números 114-97, 63-98, 22-99 y 90-2000; 1997, 1998, 1999 y 2000, del Congreso de la República. 1997.

Convención Interamericana contra la Corrupción. Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. 3 de junio de 1997.