

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



**AUSENCIA DE REGULACIÓN LEGAL DEL CONFLICTO DE INTERESES EN EL
SECTOR PÚBLICO EN MATERIA DE PROBIDAD.**

CESAR AUGUSTO LESSING

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2016

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

**AUSENCIA DE REGULACIÓN LEGAL DEL CONFLICTO DE INTERESES EN EL
SECTOR PÚBLICO EN MATERIA DE PROBIDAD**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CESAR AUGUSTO LESSING

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2016

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

DECANO:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Jaime Rolando Montealegre Santos
Secretario:	Lic. Héctor David España Pineta
Vocal:	Lic. Nicolás Cuxil Guitz

Segunda Fase:

Presidenta:	Licda. Marisol Morales Chew
Secretaria:	Licda. Eloísa Mazariegos Herrera
Vocal:	Lic. Julio César Quiroa Higueros

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).



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciocho de junio del año dos mil doce.

ASUNTO: CESAR AUGUSTO LESSING (UNICO APELLIDO), CARNÉ NO. 28367, Solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 1497-11.

TEMA: "AUSENCIA DE REGULACIÓN LEGAL DEL CONFLICTO DE INTERESES EN EL SECTOR PÚBLICO EN MATERIA DE PROBIDAD".

Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el plan de investigación y el tema propuestos, quien opina de que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor (a) de tesis al (a la) Licenciado (a): José Fernando Ruiz García, Abogado (a) y Notario (a), colegiado (a) No. 9480.

Dr. CARLOS EBERTITO HERRERA RECINO
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



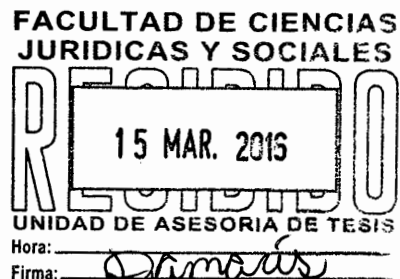
Adjunto: Nombramiento de Asesor
c.c. Unidad de Tesis
CEHR/aefg

Lic. José Fernando Ruíz García
Abogado y Notario
6ª Ave. "A" 20-69, zona 1, Tel. 53895805
Apartamento 7, 2º nivel



Guatemala, 10 de octubre de 2015

Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad



Estimado Doctor:

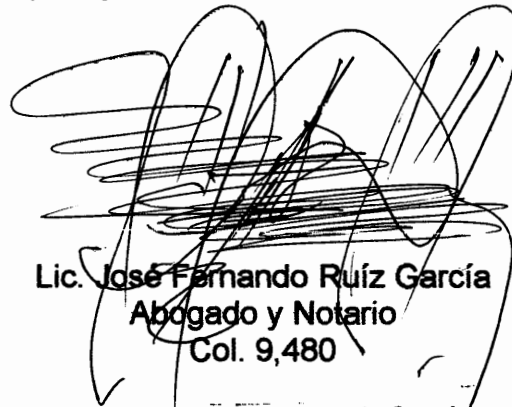
Respetuosamente me dirijo a usted, en atención al nombramiento emitido por la Unidad de Tesis con fecha 18 de junio del año 2012, como asesor del trabajo de tesis del Bachiller Cesar Augusto Lessing, la cual se denomina "Ausencia de Regulación Legal del Conflicto de Intereses en el Sector Público en Materia de Probidad", al respecto informo lo siguiente:

- a) El Bachiller Cesar Augusto Lessing, en su investigación de tesis, trata con propiedad el problema actual que presentan los conflictos de intereses en la administración pública, como una variedad de corrupción no regulada en la ley específica, así como desde un punto de vista doctrinario y exegético de los textos legales relacionados con la probidad, tema objeto de la tesis de grado. Se enfocan, asimismo, los efectos económicos negativos para la sociedad que originan estas prácticas por las decisiones arbitrarias administrativas, que relegan el interés general por el interés particular, a cambio de beneficios económicos que producen enriquecimiento ilícito a través de la asignación de obra por medio de la contratación estatal.
- b) En la investigación realizada contenida en cuatro capítulos, se desarrollan los aspectos más relevantes de la temática tratada, aplicándose con técnica la bibliografía consultada, la cual es apropiada, suficiente y congruente.
- c) La redacción, metodología y técnicas de investigación, están ajustadas a los requerimientos científicos, técnicos y prácticos, usándose formas inductivas y deductivas para el análisis del problema, además de fuentes históricas.

- d) El contenido y la estructura de las conclusiones y recomendaciones, concuerda en su totalidad con la aclaración y comprobación de la hipótesis, así como con los temas desarrollados en el curso de la investigación.
- e) Concluyentemente, el procedimiento investigativo realizado, pone en evidencia la naturaleza perniciosa de la corrupción, que desemboca en la proliferación de conductas más sutiles, más refinadas de esta práctica inmoral que actualmente ha cobrado un repunte con límites insoportables para la sociedad guatemalteca, *que anhela generaciones de funcionarios probos, que vengan a sustentar el principio de la confianza ciudadana, pilar y esencia de todo sistema democrático en el que se asiente la gobernabilidad.*

En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, es un aporte científico que se ajusta a los presupuestos técnicos y prácticos que se deben cumplir de acuerdo a la normativa respectiva; en tal virtud, al estar acorde a las normas establecidas en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta apropiado dar el presente DICTAMEN FAVORABLE aprobando el trabajo asesorado.

Con muestras de respeto y estima.



Lic. José Fernando Ruíz García
Abogado y Notario
Col. 9,480

Lic. José Fernando Ruíz García
Abogado y Notario



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

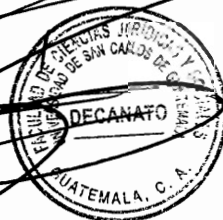


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 03 de octubre de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante CESAR AUGUSTO LESSING, titulado AUSENCIA DE REGULACIÓN LEGAL DEL CONFLICTO DE INTERESES EN EL SECTOR PÚBLICO EN MATERIA DE PROBIDAD. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por darme la vida, el tiempo y la sabiduría para lograr el presente cometido.
- A MIS PADRES:** Por darme amor e inculcarme valores morales que incidieron en mi formación, así como su apoyo material e incondicional.
- A MI FAMILIA:** Especialmente a mi esposa e hijos, por ser un apoyo decisivo y constante con amor incondicional.
- A MIS MAESTROS:** Con gratitud, respeto y cariño.
- A MIS AMIGOS:** Por ser fuente de inspiración y de apoyo en general. Les amo en el amor de Cristo.
- A:** La egregia y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1.	La corrupción.....	1
1.1.	Generalidades.....	2
1.2.	Origen etimológico y significado del vocablo.....	8
1.3.	Concepto de corrupción y clasificación de definiciones.....	8
1.4.	El tiempo y forma de la corrupción.....	15
1.5.	Abuso de poder e inmoralidad.....	16
1.6.	Causas generales de la corrupción.....	21
1.7.	Grandes causas de la corrupción.....	24
1.8.	América Latina y la corrupción.....	28
1.9.	La corrupción en Guatemala.....	29
1.10.	Daño moral y otros aspectos de la corrupción.....	34

CAPÍTULO II

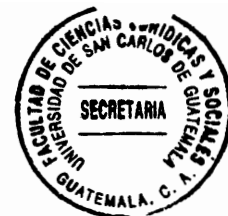
2.	La probidad.....	37
2.1.	Concepto de probidad.....	37



2.2.	Origen del vocablo: raíces, etimología y definición.....	38
2.3.	Aspectos teóricos de la probidad.....	38
2.4.	Evolución de la probidad.....	39
2.5.	La probidad en Guatemala.....	42
2.6.	Descripción de las leyes de probidad.....	44
2.7.	Cultura pública de la organización y ética.....	52
2.8.	Principios éticos y poder público democrático.....	55

CAPÍTULO III

3.	Aspectos generales de la administración.....	63
3.1.	Interrogantes en cuanto a la administración.....	63
3.2.	Administración y administradores.....	64
3.3.	Desarrollo de su competencia y ámbito de acción.....	65
3.4.	Estudio e importancia de la administración.....	65
3.5.	Importancia de los administradores.....	66
3.6.	Administración como ciencia y como arte.....	67
3.7.	Principios en la administración.....	67
3.8.	Enfoques sobre la administración.....	70
3.9.	Administración del Estado.....	77
3.10.	Actividad administrativa.....	81
3.11.	Personas al servicio del Estado.....	85



CAPÍTULO IV

4.	Conflicto de intereses en el sector público en materia de probidad	89
4.1.	Reflexiones previas sobre la moral de los funcionarios.....	90
4.2.	Principio de igualdad de trato.....	94
4.3.	Proliferación de principios e imprecisiones del lenguaje.....	96
4.4.	Circunstancias que facilitan los conflictos de intereses.....	101
4.5.	¿Constituye una vanidad jurídica regular los conflictos de intereses?.....	103
4.6.	Definición y elementos de los conflictos de intereses.....	106
4.7.	Elementos particulares en la regulación de los conflictos de intereses.....	109
4.8.	Los conflictos de intereses y las incompatibilidades.....	112
4.9.	Los conflictos de intereses y la corrupción.....	115
4.10.	Efectos sociales de los conflictos de intereses.....	116
4.11.	Los conflictos de intereses en Guatemala.....	119
4.12.	Posibilidad de regular los conflictos de intereses en Guatemala....	124
4.13.	Regulación preventiva de los conflictos de intereses.....	126
4.14.	Ausencia de regulación legal de los conflictos de intereses en Guatemala.....	126
4.15.	Connotaciones de los conflictos de intereses en el Código Civil y otras leyes de Guatemala.....	127
4.16.	Ley de Probidad vigente en Guatemala y los conflictos de interés.	129



CONCLUSIONES.....	131
RECOMENDACIONES.....	133
BIBLIOGRAFÍA.....	135

INTRODUCCIÓN

La humanidad atraviesa una crisis de valores sin precedente, la moral del deber ha quedado atrás, y solo interesa a unos pocos, mientras el flagelo de la corrupción corroe la vida institucional de los países. Guatemala no es la excepción; su administración pública es fuente de este mal que afecta el crecimiento económico y la inversión social, pues cada quetzal de los impuestos que pagan los ciudadanos se devalúa, a causa de un componente de desvío negativo que opera como otro tipo de déficit fiscal cuyo destino incrementa el bolsillo de los funcionarios de turno.

La doble moral de los políticos está presente, y se evidencia con el discurso engañoso y falaz de los que aspiran u ostentan el poder, pues mientras señalan la corrupción del otro, ocultan la propia y la de los amigos.

El relativismo actual da paso a que los ciudadanos practiquen una ética permisiva, que unida al mal uso del poder y a la falta de rendición de cuentas entre otros, consolidan las condiciones que posibilitan la corrupción.

Dentro del panorama descrito, las situaciones de conflictividad de intereses son parte de la vida cotidiana, y la sociedad las percibe con indiferencia o cuasi normales y acepta tácitamente los niveles de corrupción y costos sociales que provocan.

El principio de independencia de la administración se ve conculcado y la parcialidad en las decisiones de la misma, dan origen al surgimiento de nuevas formas de corrupción: más sutiles, más refinadas, que en países de mayor desarrollo son objeto del derecho penal. (Un ejemplo son los conflictos de intereses en el sector público).

Por lo antes apuntado a la tesis se le ha denominado Ausencia de Regulación Legal del Conflicto de Intereses en el Sector Público en Materia de Probidad.

El primer capítulo, de la presente investigación, se refiere a la temática de la corrupción en general, al fortalecimiento del Estado, los instrumentos internacionales de esta materia, concepto de corrupción y clasificación de definiciones, causas generales y

grandes causas de este flagelo, abuso de poder e inmoralidad, etc.; el segundo, trata lo relativo al origen y evolución de la probidad, aspectos teóricos de la probidad, la probidad en Grecia, hispanoamérica y Guatemala, cultura pública de las organizaciones y ética, así como el análisis sobre las deficiencias de la Ley de Probidad; en el tercero, se aborda el tema de la administración en general, aplicación práctica de los principios administrativos y los distintos enfoques sobre la administración, también como otras materias de interés; en el cuarto capítulo se plantean los conflictos de intereses en el sector público en materia de probidad, reflexiones previas sobre la moral de los funcionarios, proliferación de principios e imprecisiones del lenguaje, el principio de igualdad de trato, circunstancias que facilitan los conflictos de interés, regulación de conflictos de intereses sin perder eficiencia, su definición y elementos, y su comparación con otras figuras parecidas y finalmente la situación de Guatemala y los conflictos de intereses, y la necesidad de su regulación preventiva.

Se utilizó la metodología de análisis y síntesis, así como la descripción histórica, tomando como referencia importantes trabajos de instituciones internacionales y autores extranjeros, y los escasos ensayos existentes en el medio.

El imperativo hipotético de este trabajo, para que sea incluido en la agenda de gobierno, queda evidenciado a lo largo del desarrollo del primero y cuarto capítulos, donde se profundiza en el fenómeno de la corrupción, que coincide con las nuevas tendencias sociales, que a partir de 2015, se disponen a participar en su combate frontal. Asimismo, como objetivo general, la información suministrada denota la viabilidad de que el tema de los conflictos de intereses adquiera rango constitucional.

Finalmente se deja constancia con toda honestidad no haber tratado esta temática con mucho mérito propio, sino se nutre, se reitera, con el pensamiento plasmado en el derecho comparado por excelentes autores, tal como sucede en cualquier tesis, sin embargo se espera de manera modesta, se insiste, en haber aprovechado la información al alcance para comprobar la hipótesis planteada, y lograr los objetivos, así como despertar el interés por un asunto que se estima reviste capital importancia, y cuya regulación aunque de manera preventiva, es necesaria para el bien de Guatemala.



CAPÍTULO I

1. La corrupción

Escribir o hablar del flagelo de la corrupción se ha vuelto casi obligatorio, por su evidente presencia en la actualización y desarrollo de las instituciones. No es fácil deslindar el vínculo de la corrupción y las entidades estatales. Al aumentar la ciencia y la tecnología surgen nuevas formas de presentación de la corrupción, lo que socaba la legitimidad institucional. La corrupción ha existido desde un tiempo de larga data, con mucha o poca significación, coexistiendo a la par de la pobreza y la desigualdad.

Actualmente la temática recobra su importancia por varios motivos: la adopción por parte de la mayoría de países de regímenes democráticos que permiten mejor transparencia sobre la corrupción, especialmente en sus formas ligadas al poder; el fin de la guerra fría que facilita ver el mal de adentro y no solo el del enemigo externo; la nueva civilización que estamos atravesando que lleva otra vez a la formulación de las preguntas básicas sobre la vida y la sociedad. Con esta modificación paradigmática se llega a confirmar que la corrupción constituye uno de los problemas centrales para el funcionamiento de la democracia y el desarrollo socioeconómico, impidiendo mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y provocando como un efecto dominó una serie de carencias y deficiencias en todos los ámbitos en que lo público debe manifestarse. Las estrategias para combatir esta plaga no están a la altura de su importancia, se realizan esfuerzos superfluos, y en la mayoría de los casos conducidos por una doble moral.

1.1. Generalidades

Como ya se expresó, la corrupción no es nada nuevo, sin embargo en nuestros días la misma se ha globalizado e internacionalizado. Colateralmente se ha importado y expandido una visión fundamentalista de la economía de mercado de principios neoliberales, generalizándose con ello que amplios sectores de la población tomen como objetivos de vida participar de una cultura que promueve la práctica de acumular y consumir, esto a la vez fomenta que el éxito personal se constituya en absoluto dentro de un pensamiento pragmático. Pero ese éxito se desea lograr sin importar cómo, olvidando valores como el deber, la justicia, la igualdad y otros.

Tratar el tema de la corrupción equivale a referirse a un maleficio mundial que es parte de la humanidad. En el mundo de ahora se ve como una necesidad cada vez más ingente la obtención de respuestas calificadas a problemas puntuales como la destrucción del ecosistema, la desnutrición y el hambre en los países con poca oportunidad de desarrollo, la exclusión y el racismo, la prepotencia, la situación moral de la práctica política, el sindicalismo público, oscuro y leonino de algunos, la deshumanización de la economía, y fundamentalmente la corrupción pública y privada, nacional e internacional que coadyuva a agudizar estos males.

Esta necesidad de encontrar soluciones sitúa a la ética en una posición incómoda como ciencia de la conducta humana, porque los ciudadanos esperan que sus propuestas los apoyen a salir airoso de esta maraña que pesa sobre las sociedades.

A lo anterior se le suma un plus negativo y paradójico marcado como ya se dijo por el crecimiento científico y tecnológico, que al mismo tiempo se presenta como una esperanza de solución y luego se le sugiere como una amenaza para la dignidad del mismo hombre.

a. Fortalecimiento del Estado

La consolidación de un Estado Democrático de Derecho, requiere que los servidores públicos, de todas las jerarquías, se conduzcan al servicio del interés general, con imparcialidad y objetividad y bajo una prohibición determinada de arbitrariedad.

Estos principios que deben estar contenidos en cualquier constitución, son el fundamento de todo marco normativo para prevenir y castigar toda forma de corrupción. Porque en realidad la corrupción con mayor presencia que es la delictiva, significa verdaderamente negar esos principios, la subestimación de la función pública democrática además de ser violatoria de la ley, somete el interés público al particular. Como afirma el Profesor Calsamiglia: “La corrupción es sobre todo un acto de deslealtad del servidor público hacia los valores constitucionales. La corrupción pone de manifiesto la no aceptación de normas importantes de la democracia. La aceptación de esas reglas exige que estén perfectamente definidas y que tengan carácter imperativo, de tal forma que su incumplimiento genere responsabilidad y de una forma u otra la sanción oportuna.”¹

¹ Carlos Jiménez Villarejo, “La corrupción, una amenaza para la democracia”, 2007, <http://www.lextra.uji.es/papers/2007/villarejo07.pdf> (5-5-2015)

Es indispensable que el Estado cuente con defensas jurídicas adecuadas frente a sus propios servidores, que a diferencia de otros que violan la ley, se amparan en las normas para no cumplirlas.

b. Preocupación internacional por sanear la administración pública

La corrupción, distante de ser un comportamiento desviado particular surge desde lo interno de la administración pública, es más, es generada por la propia administración, entendiendo como tal al sistema del poder político en sentido amplio. Por esa razón, de la naturaleza estructural de la corrupción, por su tamaño, por sus mayúsculos efectos y por su repercusión económica ha ido aumentando la preocupación globalizada ante ella. De esa forma se refleja a nivel internacional con la documentación instrumental que se ha aprobado en los últimos años, en la cual se plantea la necesidad de evitar los abusos de los servidores públicos y que los mismos se sancionen por comprometer la confianza de los ciudadanos en la administración pública.

c. Instrumentos internacionales contra la corrupción

Con fundamento en lo anterior se advierte que no existe gobierno y ninguna administración que estén libres de la amenaza de la corrupción. Simplemente sobra mencionar el Preámbulo de la Resolución 51/59 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 12 de diciembre de 1996, relacionada con medidas contra la corrupción, el Convenio del Consejo de Europa del 27 de enero de 1999, Organismo del cual por razones geográficas Guatemala no es signataria, así como la Convención de

Naciones Unidas Contra la Corrupción del 31 de octubre del año 2003, que fue suscrita por Guatemala el 9 de diciembre de 2003, en la ciudad de Mérida, Yucatán, México.

En uno de los instrumentos internacionales de la Organización de las Naciones Unidas, que hace referencia al fomento de una cultura que rechace la corrupción, se lee: “Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades, al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la Ley.”²

De igual manera las convenciones de las Naciones Unidas, consideran cómo el fenómeno se ha vuelto internación al manifestándose con una importante trascendencia económica que daña la economía de todos los países y de manera especial las de aquellos que tienen economías de transición, en cuanto equivale a una desviación de fondos públicos, una reducción de la inversión y un decisivo perjuicio al desarrollo económico. No es sorprendente por consiguiente que se plantee imprescindible la recuperación de activos obtenidos ilegalmente, así como el blanqueo de estos.

Es oportuno mencionar que Guatemala ha dado un paso importante casi en esa dirección, al promulgar la Ley de Extinción de Dominio contenida en el Decreto Número 55-2010 del Congreso de la República, publicado el 29 de diciembre de 2010 y que entró en vigencia el 29 de junio del año 2011, existiendo actualmente expectativa por su

² Convenio contra la corrupción del 31 de octubre 2003.

aplicación, y de manera especial por el destino transparente y eficiente que requiere se le dé a esos recursos recuperados.

En materia legislativa Guatemala también promovió una iniciativa de ley importante en este tema, y que culminó con la reciente aprobación de la Ley de Enriquecimiento Ilícito, proyecto que estuvo sin tomarse en cuenta varios años en la Comisión de Probidad del Congreso de la República, y cuya promesa de aprobación fue promesa de campaña política, incluirla en la agenda de gobierno por las autoridades que resultaron ganadoras en las elecciones presidenciales del año 2011. La población espera que su aplicación produzca los frutos que permitan que los objetivos de la ley se cumplan.

Los efectos de la corrupción han quedado evidenciados en numerosas oportunidades por la Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas. Cada año se desvían en el mundo por concepto de sobornos más de un billón de dólares. Invertir en un Estado relativamente corrupto es un 20% más oneroso que en uno sin corrupción. De acuerdo a lo investigado por Transparencia Internacional, los resultados son muy coincidentes, confirmando que el resultado de la corrupción, especialmente en la construcción de obras, viene a ser el incremento del coste y la mala calidad de las infraestructuras con resultados negativos de gran magnitud descritos así: “el dinero se malgasta, los países caen en bancarrota y la gente muere”.³

³ Transparencia Internacional, Informe global de la corrupción 2005

Frente a esta situación es más que justificable la preocupación internacional por este fenómeno social y delictivo que demanda reaccionar institucional y normativamente en cada país.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción ya cobró vigencia, y ésta viene a ser un esencial instrumento para enfrentar este mal. Se cree por ello que esta debería ser una gran oportunidad, para poner barreras a corruptores y corrompidos. Se confía que contribuya al mismo objetivo especialmente en Guatemala, la Conferencia anual de Estados Parte de la referida Convención, la cual no se ha realizado en Guatemala y también la Asociación Internacional de Autoridades Anticorrupción que tiene como propósito promover el efectivo desarrollo del tratado relacionado. Sin embargo, es necesario verificar si el Estado guatemalteco realiza al pie de la letra las previsiones contenidas en el mismo y contribuye a fomentar y fortalecer una efectiva cultura contra la corrupción.

Concluyendo este tema se hace referencia a la existencia de otro valioso instrumento internacional contra este flagelo, constituido por la Convención Interamericana Contra la Corrupción, cuyo objetivo es promover y fortalecer el desarrollo, para cada uno de los Estados Parte, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.

Mediante el Decreto Número 15-2001 el Estado de Guatemala se adhirió al Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención arriba mencionada, que significa una herramienta para propiciar su desarrollo, a través de la cooperación de los

Estados Parte, que son miembros de dicho mecanismo. Éste persigue de manera general dar seguimiento a los compromisos establecidos por los países comprometidos y analizar la forma en que están siendo implementados, así como facilitar la realización de actividades de cooperación técnica, el intercambio de información y experiencias, y la armonización de la legislación de los Estados miembros.

1.2. Origen etimológico y significado del vocablo

El vocablo corrupción etimológicamente proviene del vocablo latín corruptus que significa “romper o destruir”⁴, que se descompone en corruptio-ónis que equivale a “acción y efecto de corromper; o como vicio o abuso introducido en las cosas no materiales, y corromper se define como alterar o trastocar la forma de una cosa; echar a perder, depravar, dañar, pudrir, sobornar o cohechar al juez o a cualquier persona con dádivas o de otra manera; estragar, viciar, pervertir, y corruptela como mala costumbre o abuso, especialmente los introducidos contra la ley”.⁵

1.3. Concepto de corrupción y clasificación de definiciones

Se aclara que en estas líneas con el objeto de inducir al lector en este tema se dará un concepto simple sin ningún rigorismo científico de lo que es corrupción, lo que sí se hará en el desarrollo de este trabajo con el auxilio de la doctrina de excelentes autores y más específicamente con sus propias doctrinas. En tal virtud se entiende que

⁴ Héctor Reyes Gallardo, “Significado de la palabra corrupción”. [http://491c3567181922105e172f68728a4ct9.bligoo.com/content/view/244093/\(10-2-2015\)](http://491c3567181922105e172f68728a4ct9.bligoo.com/content/view/244093/(10-2-2015))

⁵ Diccionario de la Real Academia Española, pág. 453

corrupción es aquella situación en la que funcionarios públicos se apropian de distintas formas de bienes y valores estatales, sin importar los perjuicios que causan a la sociedad.

a. Definiciones sintéticas

Sin importar cuál sea el concepto y los rasgos esenciales de la corrupción, existe coincidencia generalizada que pone en discusión, en riesgo, el propio sistema democrático, comprendido éste, como el conjunto de instituciones que conforman el orden constitucional. Podemos tomar el concepto de corrupción diseñado por Nye y que goza de mucha aceptación académica: “aquella conducta que se desvía de los deberes normales de una función o cargo públicos a causa de ganancias personales, de familia o de cliques personal, pecuniarias o status o que conculca reglas orientadas a combatir ciertos logros de influencia particular”.⁶ Esta definición académicamente puede considerarse como sintética.

En opinión de García Mexía, “la especial bondad de este concepto es su forma sintética que permite reunir una serie de comportamientos corruptos, desde el cohecho, al nepotismo o el tráfico de influencias, sin embargo, se hace evidente un exceso de amplitud que no permite separar con claridad conductas como las descritas y finaliza produciendo confusión”.⁷ Según el Consejo Europeo “la corrupción es básicamente, un abuso de poder o falta de probidad en la toma de decisiones, igualmente dice: la

⁶ Nye, J.S. Jr., *Corruption and political development*, pág. 419

⁷ García Mexía, Pablo, *La ética pública, perspectivas actuales*, Pág. 140.

corrupción comprende las comisiones ocultas y cualquier otra acción que personas investidas de funciones públicas o privadas realicen con violación de los deberes que les corresponden, con el propósito de obtener ilícitas ventajas de cualquier tipo para sí o para terceros”.⁸

La repercusión grandemente nociva de la corrupción, en especial la delictiva sobre el estado democrático, es vista de diferentes formas: Así, Sabán Godoy, indica que “el componente anímico de la conducta corrupta es deslealtad, entendida ésta como la actuación en contra de los intereses cuya defensa nos viene confiada”.⁹ El elemento deslealtad es igualmente abordado por Garzón Valdez, cuando señala que “la corrupción se hace posible y prospera cuando las decisiones abandonan el punto de vista interno y actúan deslealmente con respecto al sistema normativo”,¹⁰ la cual viene a cifrar la gravedad de la corrupción en la ruptura democrática como cuestión central de la democracia actual. Definiéndola Nieto, como “el uso desviado de los poderes públicos en beneficio particular”.¹¹

b. Definiciones de tipo económico

Desde una perspectiva económica Rose-Ackerman la define como “un mecanismo de distribución de recursos escasos en aquellos mercados ilegales que pudieran surgir como reacción frente a decisiones políticas basadas en las preferencias de la mayoría

⁸ Jiménez Villarejo, Carlos, La corrupción, su prevención y persecución en España, Pág. 4.

⁹ Sabán Godoy, A., El marco jurídico de la corrupción, Pág. 101.

¹⁰ Carlos Jiménez Villarejo, Control de la administración pública por los tribunales de justicia (en el ámbito penal), 2001, dialnet.unirioja.es/download/articulo/174868.dpf (5-5-2015)

¹¹ Nieto, A., Corrupción en la España democrática, pág. 78.

de los ciudadanos”.¹² Bajo este punto de vista la corrupción resultaría como efecto irreversible motivado por el intento del Estado por tomar el control de las fuerzas del mercado. El enfoque de esta concepción es sutil y plantea su utilidad para el campo de las ciencias económicas, no obstante se estima estar desactualizada para competir con enfoques jurídicos de este flagelo.

c. Definiciones policéntricas

Dentro de las llamadas definiciones policéntricas, según García Mexía, también destaca por su mayor difusión la de Scott, que se basa en tres pilares: “la legalidad, que significaría que lo corrupto es ilegal; el interés público, equivaldría a ser corrupto lo que no persiguiera ese interés; y la opinión pública, equivaldría a ser corrupto, lo que la misma calificara como de esa forma”.¹³ Estos tres fundamentos representan gran importancia, sin embargo son cuestionados por sus debilidades en virtud de que las leyes varían según el tiempo y lugar: lo que es corrupto hoy, puede no serlo mañana; el concepto de interés público es difícil de concretar; y por último, la opinión pública puede variar también en atención a la época y lugar.

d. Definiciones gradualistas

Según el autor antes citado, existen también los puntos de vista gradualistas, los cuales ordenan los comportamientos corruptos en atención a su mayor o menor daño social;

¹² Rose-Ackerman, S., *Corruption a study in political economy*, Pág. 1-9.

¹³ García Mexía, Ob. Cit., Pág. 140.

una de las más importantes es la de Heidenheimer, quien encuentra distinción entre “la corrupción negra que la mayoría de las personas rechazarían y estarían de acuerdo en sancionar; la corrupción blanca, en la cual la mayoría de las personas consentirían dejar sin castigo, por considerar estas conductas tolerables; y la corrupción gris, la más constante, que se distingue por generar opiniones no claras, en cuanto unos consideran que debe permitirse y otros estiman que debe reprocharse, generándose esta última actitud, en sectores elitistas”.¹⁴

De acuerdo a Lowi, quien decidió plantear una separación entre la “Gran Corrupción y Pequeña Corrupción, atribuyendo a la primera (Gran C) la descomposición, disolución y desorientación de la Constitución, y a la segunda (Pequeña C) que produce la depravación y descomposición moral individual o contribuye a que ésta se consolide en la persona”.¹⁵

Parecida clasificación entre las corrientes gradualistas hace D’Alberti, que clasifica la corrupción en “objetiva, la cual produce la disolución de amplias partes de la estructura política e institucional, y la corrupción subjetiva, la que provoca el abandono de los principios morales o jurídicos por parte de los individuos”.¹⁶ Sin embargo las definiciones gradualistas sufren descrédito al dejar también en la opinión pública la valoración para considerarse las conductas presumiblemente corruptas aceptables o no.

¹⁴ Heidenheimer, Arnold J., *Political corruption: a handbook*, transaction, New Brunswick, N.J., Pág. 161.

¹⁵ Lowi, T., *The intelligent person’s guide to political corruption*, public affairs, Serie 81, Boletín No. 82., Pág. 2.

¹⁶ D’Alberti, M., *Corruzione soggettiva*, en M. D’Alberti y R Finocchi (coords): *corruzionee sistema istituzionale*. Il Mulino, Pág. 13.

e. **Definiciones analíticas**

Las definiciones llamadas **analíticas** parecen ser las que clarifican más su comprensión, Peters & Welch por ejemplo afirman que: “la noción de corrupción exigiría una separación de sus diferentes elementos, así: el cargo o funcionario público involucrado, el favor prestado por el mismo, la retribución obtenida por el cargo o funcionario, y el pagador de la retribución, en el momento que perciba quien recibe el favor”.¹⁷ Se comparte que esta noción cuenta con mucha claridad, no obstante centra su fundamento en el objeto y sujetos del comportamiento corrupto, dejando de lado toda referencia a la causa que motiva a los individuos a perseguir tal objeto, que se considera también importante para integrar un concepto de corrupción.

Igualmente de suma importancia como contribución analítica se presenta una inmejorable noción que se construye sobre la base de hacer una distinción entre los conceptos de “corrupción, clientelismo y criminalidad organizada, basada en cuatro factores: primero, la posición de los actores (desigualdad en el clientelismo y la criminalidad organizada; igualdad en la corrupción); segundo, las modalidades del intercambio (en especial transparencia, legalidad y licitud, en el clientelismo; secretismo u ocultismo y conciencia de ilegalidad e ilicitud en la corrupción; secretismo, coerción violenta y conciencia de ilegalidad e ilicitud, en el caso de la criminalidad organizada); tercero, el contenido del intercambio (apoyo o protección en el caso del clientelismo y de la criminalidad organizada; dinero en el de la corrupción); y cuarto, la finalidad del

¹⁷ Peters J.G. & Welch, S., *Political corruption in America: a search for definitions and a theory*, APSR. 72, No. 3, Pág. 976.

intercambio (poder en los supuestos del clientelismo y la criminalidad organizada, dinero en el de la corrupción)".¹⁸

A la conclusión a que llega Caciagli es que "el clientelismo y la criminalidad organizada son dos maneras de ser, dos fisiologías, dos culturas alternativas a la cultura cívica democrática; en cambio la corrupción sería una manera de actuar, una patología que se limita a influir sobre una cultura democrática, pervirtiéndola".¹⁹

Como síntesis modestamente se comparte el criterio plasmado en el extraordinario estudio del experto maestro García Mexía cuando citando a Gardiner plantea que: "prácticamente cabe afirmar que existen tantas nociones de corrupción como autores deciden aventurarse a estudiarla, reiterando que ninguna de las definiciones planteadas puede tomarse por válida excluyendo a las demás, y que si existe un concepto esquivo a la sistematización científica, ese es el de corrupción, por lo tanto no nos debe extrañar que el autor que cita termine reputando inviable alcanzar una definición única de corrupción".²⁰

Por esa razón se estima de igual manera que en esta investigación, dejando a un lado el concepto, hay consenso de su presencia y nocivos efectos, por lo que se prefiere citar una noción autóctona, la cual expresa que la corrupción es "el conjunto de condiciones y acciones que hacen posible la utilización por los funcionarios y empleados de la administración, de bienes, espacios, servicios, instancias y procedimientos públicos

¹⁸ Caciagli, M., Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada, Págs. 134-136 y passim.

¹⁹ Ibid. Págs. 139-141.

²⁰ García Mexía, Pablo, Ob. Cit., Pág. 142.

para beneficio privado, dañando los intereses generales o del bien común. Asimismo, se entiende como toda acción u omisión dolosa o culposa que conlleva un uso de los recursos del Estado, en forma ilícita y contraria a los principios de economía, eficacia y eficiencia, vulnerando el principio de igualdad de los ciudadanos ante la administración pública. A cambio, se produce un beneficio personal para quien comete la acción o para un tercero que se beneficia de ella”.²¹

1.4. El tiempo y forma de la corrupción

La corrupción se mantiene desde las más antiguas civilizaciones como una subrealidad, “mediante mecanismos que la mantienen en límites aceptables, estos mecanismos provienen de la propia corrupción que se regula a sí misma, de tal forma que su nivel no crece tanto que deba ser extirpada de raíz. La discreción de los corruptos y sus actividades, la participación adecuada de los involucrados, el nivel o la importancia de los actores, y el juego de los controles, entre otras particularidades, hacen que el fenómeno mantenga en su misma naturaleza una capacidad total de supervivencia y adaptación”.²²

Sin embargo, en nuestro tiempo la corrupción se ha vuelto un problema que se destaca, haciéndose evidente y se ha convertido en la epidemia del fin del siglo pasado y sus nocivos efectos se perciben aún más en los inicios del nuevo siglo y muy

²¹ Programa del taller de socialización del anteproyecto de código de ética, elaborado por la Dirección de Ética, Moral y Gestión Legal de la Subcontraloría de Probidad de la Contraloría General de Cuentas, Pág. 31.

²² Ética, moral pública y lucha contra la corrupción, proyecto ATN/SF-5793-GU, Banco Interamericano de Desarrollo, BID, Págs. 23-24.

específicamente en estos momentos de nuestra historia. Constituye uno de los problemas centrales para el desarrollo socioeconómico y el funcionamiento de la democracia.

1.5. Abuso de poder e inmoralidad

Es oportuno en este momento del desarrollo de este tema desviar la atención a un punto importante, sin dejar de lado lo que se ha afirmado, pero la observación de la práctica política evidencia una situación, y es que con frecuencia el ejercicio del poder público se lleva a cabo abusivamente. En verdad, la autoridad o funcionario público, relacionado en cuanto tal por un deber inherente de servicio al interés general, cuenta con dos opciones en el momento del ejercicio de sus competencias: Primera, respetar ese deber, habiendo realizado un uso adecuado de las mismas. Segunda, quebrantándolo y asumiendo el riesgo de subordinar el interés general a diversos intereses de los que justifican esas competencias.

Por ese motivo, el funcionario o autoridad que asuma ese riesgo, incurrirá en abuso de sus competencias, en un abuso de poder, el cual puede definirse como aquel ejercicio del poder público que subordina el interés general a intereses particulares. Abusar significa: “usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa o de alguien; y desde un punto de vista jurídico abuso se define como: aplicación de una cosa, facultad o derecho a fin o uso distinto del que por naturaleza le corresponde”.²³

²³ Ossorio, Manuel, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, Pág. 28.

No sin razón se considera que el abuso de poder se evidencia en tres formas: “omisión, en la medida que el Gobierno o sus agentes dejen de cumplir sus deberes; mala gestión, en tanto se incurra en despilfarro o parcialismo; o sobre administración, al cumplir un deber con exceso respecto de lo legalmente establecido”.²⁴

Es posible deducir de lo anterior que el abuso de poder conlleva en cualquier caso el infringir las normas establecidas, de carácter moral y jurídico, por ello el abuso de poder equivale a una conducta inmoral e ilegal. Y eso no importando opiniones como la de Sabán Godoy, que expresa: “la moralización del concepto de abuso de poder lo reduce a pautas de difícil, cuando no imposible objetivación, al manifestarse temporal y espacialmente de manera variable”.²⁵

Con lo apuntado, es conveniente referirse a la manera en la que se manifiesta el abuso de poder: García Mexía, considera que tres son las formas de mayor relevancia en las que se presenta el abuso del poder: “la violación de los derechos fundamentales de las personas, la corrupción y las actitudes que derivan en conflictos de intereses”.²⁶ De las tres formas de abuso de poder, enseguida se tratará brevemente aprovechando las nociones doctrinales comparadas de los EE.UU., la relacionada a la violación de los derechos fundamentales de las personas, pues como se ha evidenciado con lo tratado hasta ahora en el presente trabajo, la temática de la corrupción constituye el contenido principal de este capítulo, y la relación de las conductas que dan origen a los conflictos

²⁴ Finer, H., *Administrative responsibility in democratic government*, Págs. 179-180.

²⁵ Sabán Godoy, A., *Op. Cit.*, Pág. 17.

²⁶ García Mexía, Pablo, *Ob.*, *Cit.*, Pág. 136.

de intereses, se buscará desarrollar en el último capítulo por constituir el tema central de esta investigación.

a. Violación de los derechos fundamentales de las personas

Los funcionarios y autoridades en el ejercicio del poder público que ostentan, realizan comportamientos que en sí mismos violan los derechos fundamentales de las personas, ya sean éstas ciudadanas o extranjeras. Diez-Picazo, comprende “que junto con la corrupción, los delitos que violan los derechos fundamentales de las personas representan la modalidad de mayor gravedad que califica como criminalidad de los gobernantes”.²⁷

Tanto la corrupción y las conductas denominadas conflictos de intereses, como los delitos que violan los derechos fundamentales de las personas, son variedades del abuso del poder público. Sin embargo, éstos difieren de la corrupción, por el ánimo de lucro que generalmente no les acompaña, y que sí siempre está presente en la corrupción. De las situaciones que generan conflictos de intereses, los delitos que violan los derechos fundamentales también se diferencian, por el hecho de que aquellas suponen puros comportamientos de riesgo, que poseen un supuesto de peligro de sometimiento del interés general a incentivos particulares.

En los delitos que violan los derechos fundamentales el motivo, o por mejor decir, el elemento causal sobrepasa el ánimo de lucro, desde luego éste además puede existir.

²⁷ Diez-Picazo, Luis, La criminalidad de los gobernantes, crítica, Pág. 14.

Por otra parte, los efectos de esta clase de delitos se prolongan significativamente del mero peligro abstracto de subordinación del interés general a intereses particulares, para regular peligros muy concretos, que se evidencian en nefastas transgresiones al tejido social sano de toda sociedad, frente a posibles agresiones del poder público, y que además toda persona tiene derecho, simplemente por tener esa calidad.

En realidad, no es por casualidad que las transgresiones de los derechos fundamentales provengan casi siempre, por no decir siempre, de los aparatos del Estado, más directamente obligados a brindar la defensa y seguridad a la sociedad, ya sean estos servicios secretos o fuerzas de seguridad, etc.

Sin citar sucesos de Latinoamérica o Guatemala, llama la atención algunos de repercusión mundial a manera de ejemplo como los que refiere García Mexía, cuando afirma que produjeron de forma inexorable el posterior devenir de la Ética Pública. Son pues, el asunto Watergate, que tuvo lugar en EE.UU. en 1974 el cual se dio en el momento en que ejercía la presidencia Richard Nixon, quien utilizó todos los medios que tenía a su alcance para efectuar labores de espionaje de lo que hacían los demócratas, lo que concluyó como es de todos conocido, con su propia salida de la casa blanca; la destrucción en territorio marítimo neocelandés del barco Rainbow Warrior de la organización Greenpeace, conocido dicho asunto con el nombre del referido buque y el cual se presume fue realizado por los servicios secretos franceses para garantizar ensayos nucleares a mediados de la década de los años ochenta; o en España donde tuvo lugar el asunto GAL en el que el Ministerio del Interior y el de la Defensa, trataron de provocar la aniquilación con igualdad de procedimientos a los

terroristas de la organización ETA., incidente que también encajó dentro de la denominada guerra sucia, lo cual tuvo lugar en la época ochenta. Igual puede compararse esta clase de acontecimientos delictivos con las que el autor Thompson llama: “manos sucias democráticas, o sea las de aquel cargo o funcionario público que al transgredir principios morales en nombre del interés público abusa del poder, o dicho de otra manera: hacer el mal para lograr un bien”.²⁸ Ahora bien, dentro de una particular forma de ver las cosas, nos encontramos ante la antigua disyuntiva de si para lograr un fin que se pretende sea loable, es sano justificar la utilización de medios poco o nada loables.

Con lo anterior, es necesario recordar contiendas ideológicas como las provocadas por Maquiavelo con la publicación de su obra El Príncipe, que sirvieron de sustento para considerar las aptitudes y actitudes que ha de esgrimir el político que desee conservar el poder. Así también años después la misma corriente Maquiavélica originó la disputa ideológica en el Continente Europeo, entre los que comulgaban con la razón del estado ratio status, que le da justificación a cualquier procedimiento generalmente secreto para mantener la seguridad estatal, y los de la conocida como ratio confesionis que nada más declaraban como lícitas las formas de proceder que no se oponían a los principios de las leyes eterna y natural.

Siguiendo el hilo de García Mexía, se cita a manera de ilustración el sentido político de un adagio del antiguo imperio romano que reza: “salus pública suprema lex”.²⁹ Los

²⁸ Thompson, D.F., La ética política y el ejercicio de cargos públicos, Págs. 25 y 58.

²⁹ García Mexía, Ob. Cit., Pág. 138

asuntos GAL. y Rainbow Warrior evidencian susceptibilidad de encuadrar en la categoría del párrafo anterior, pero abundan los ejemplos en Europa, América y especialmente en Guatemala, como asimismo lo vienen a ser una serie de actividades para la financiación de los partidos políticos en forma ilegal, prácticas que constituyen una de las fuentes generales de corrupción.

Se finaliza el tema de la violación de los derechos fundamentales de las personas, calificando esa actitud estatal, como una de las formas más groseras del abuso del poder público, no desarrollando la corrupción, ni el conflicto de intereses, como se dijo ya antes, pues el primero de estos dos últimos temas mencionados constituye el contenido principal de este capítulo, y el segundo representa la temática central del presente estudio, y que se tratará de plasmar como contenido del último capítulo. Continuando pues el desarrollo del estudio se estima conveniente hacer referencia de inmediato a las causas generales de la corrupción.

1.6. Causas generales de la corrupción

Las causas de la corrupción se pueden clasificar en causas generales y grandes causas de la corrupción, dentro de las primeras se desarrollará el tema tratando de resumir las experiencias doctrinarias comparadas de cada uno de los autores europeos y occidentales y otros que se seleccionaron y que han dedicado su tiempo a la investigación de esta materia, finalizando con varias opiniones dispersas no menos importantes, y por esa razón las citamos así:

a. Doctrina de Caciagli M.

Entre las causas de la corrupción con carácter general de acuerdo a lo que percibe en Italia Caciagli, se encuentran la descentralización administrativa y política, o el abuso de la proporcionalidad del sistema electoral; el incremento de la relación recíproca que se da entre la sociedad y el Estado, característica de los Estados de bienestar. Contempla asimismo las nuevas tendencias de profesionalización política, y sus significativos requerimientos de financiación, o como en el caso de los Estados Unidos, principalmente de las jornadas proselitistas, como producto de su sistema partidario.

El autor aludido observa en Italia una fuente de corrupción que nace por lo complejo y tardados que son los procedimientos burocráticos. Es posible identificar con ello, un incentivo de mordidas en algunos países iberoamericanos. Finalmente considera que: “la poca alternabilidad de los partidos políticos o coaliciones que gobiernan es una causa de importancia que promueve y facilita el nacimiento del fenómeno de la corrupción”.³⁰

b. Doctrina de Klaus von Beyme

Las ideas de Beyme se centran en la partitocracia, entiende que ésta ha dado como resultado una nueva relación entre el Estado y la sociedad, la cual se ha hecho visible o se ha concretado en dos ideas: “la colonización de la sociedad por el Estado de

³⁰ Caciagli, M., Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada, Págs. 72-73 y 79

partidos y la colonización del Estado de partidos por la sociedad”,³¹ conceptos que se afirman evidentemente en la corrupción, la cual lleva la tendencia de agravarse en el futuro como producto de la tecnología avanzada y globalización de la economía.

c. Doctrina de Paul Heywood

Este autor considera que las razones que fundamentan la partitocracia como fuente de corrupción son válidas para España, pero no obstante subestima causas como cierta predisposición genética o la permanencia en el poder por períodos sumamente prolongados, los cuales reconoce son considerados por otros estudios del origen de la corrupción. Nuevamente para el caso de España considera otras dos fuentes: “la permanencia de viejas causas de clientelismo, que permiten que el padrinazgo familiar o político sean muy practicadas de manera general”.³² y “el despegue hacia el alto consumo de masas de la década de los ochenta, lo que se da en forma simultánea”³³, con lo que afirma Lamo de Espinosa: “la persistencia de valores ético-económicos pre-industriales”.³⁴

d. Doctrina de otros autores

Especial atención merece García Mexía, cuando citando a Cany tomando como escenario los EE. UU., se refiere a causas de la corrupción que se hacen relevantes en

³¹ Beyme, K. von, La clase política en el estado de partidos, Págs. 60 y ss., 94, 97.

³² Heywood, P., de la dictature a la démocratie: les formes changeantes de la corruption en Espagne, en D. Della Porta & Meny (dirs): démocratie et corruption en europe, Págs.71-82.

³³ Heywood, P., Sleaze in Spain, Pág. 736.

³⁴ Lamo de Espinosa, E., Corrupción política y ética económica, Pág. 10.

la forma electoral que tiende a exagerar la proporcionalidad de su sistema y donde además es bien evidente la manera tan celosa como se distribuye el poder público; citando a García Enterría quien comparte la tesis de K. von Beyme relativa a la partidocracia y la concepción bilateral como este autor la concibe y a la que antes se hizo referencia; y finalmente citando a Nieto, nuevamente para el caso de España, quien considera de manera determinante a la partidocracia como la versión nueva del viejo caciquismo.

1.7. Grandes causas de la corrupción

Como se ha dicho, la corrupción administrativa mantiene un vínculo estrecho con el poder. Corrupción significa abuso de cualquier forma del poder en beneficio particular, personal o de sector. Esto es así cuando y donde el ambiente de la ética es permisivo, y se incumple con el deber moral o se procede a transgredir las normas con impunidad por la ineficacia del control político y social. Se deduce entonces que tres son los factores o grandes causas de la corrupción: Abuso del poder, una ética permisiva y nulidad del control político, jurídico y judicial.

a. Abuso de poder

Se insiste en que la corrupción pública se vincula con el poder para propósitos ilegítimos. Surge una cadena de decisiones en la que participan actores diversos y se entablan ligazones particulares entre individuos poderosos públicos y poderosos privados.

En el escenario político, el flagelo de la corrupción nace cuando se establecen vinculaciones de clientela entre sectores de poder y los líderes políticos. Ello significa una oportunidad de privilegio para que esta primera ligazón sean los gastos de una campaña electoral: El apoyo con recursos económicos o de cualquier naturaleza al candidato es considerada como una inversión que produce frutos cuando llega el momento de la toma del poder y principalmente de las decisiones.

b. Comportamiento ético permisivo

Con la desaparición en la época moderna de la ética del deber nacida con la ilustración y fundamentada en la moral religiosa, ha surgido una ética posterior a la moral denominada ética postmoralista, la cual de una manera fundamentalista tomó como valor único el éxito personal asumiendo un compromiso mínimo y poco solidario con el convivir social. Dentro de esa concepción de valores no cuenta la importancia de conducirse con una moral de altura, simplemente se requiere no ser corrupto.

La práctica significa no cumplir con las normas adoptando una posición en el utilitarismo, en la que ya no interesa si el quehacer político y económico se desarrolla con justicia, sino solo se trata de establecer que sea efectivo. Siguiendo la misma lógica, si la economía genera tasas mayores de inversión es la más eficiente, así se llega a creer que los valores generados por ese tipo de economía son los más adecuados y humanos, “convirtiéndose la eficiencia formal de esa clase de pensamiento en la ética imperante; entonces la posición formal de la eficiencia de la economía del mercado pasa a ser el criterio absoluto de los valores, y por consiguiente

de todos los derechos humanos".³⁵ Se ha ensanchado el espacio para que se imponga una ética que se basa en el consumo, es decir, un criterio fundamentalista que toma a la ética de forma instrumental para la economía.

Los ciudadanos no solo permiten sino que aplauden el empleo exitoso del poder, aún a costa del incumplimiento de las normas; el propósito es el éxito y la evasión del castigo. Se asienta en la sociedad y de manera especial en sectores específicos de poder la plataforma para la coparticipación de la corrupción y la impunidad, convirtiéndose aquella en redes de participación de actores públicos y privados.

c. Debilidad de los órganos de control

La impunidad constituye un magnífico incentivo para generar corrupción. Las redes de corrupción operan sin dificultad cuando hay ausencia o desnutrición de los controles jurídicos, políticos y sociales. La vigilancia jurídica y política se ubica en el accionar de las instituciones y por lo mismo es imperativo establecer la eficiencia e independencia de los órganos de fiscalización administrativa y judicial. Esto equivale en primera instancia a evaluar los procedimientos de la forma en que se hacen las nominaciones de funcionarios importantes, el grado de autonomía de las instituciones, y por otro lado establecer la magnitud de sus decisiones, en virtud de que así es factible evaluar la voluntad de la política estatal para hacer frente al tema de la corrupción.

³⁵ Hinkelammert, Franz J., ¿Capitalismo sin alternativas?, sobre la sociedad que sostiene que no hay alternativa para ella, Pág. 19

En la actualidad el Estado de Derecho cuenta con una plataforma institucional de control, en la que se identifica la fiscalización política que se maneja básicamente con el derecho de los diputados a interpelar a funcionarios públicos, pero que es utilizado generalmente para entorpecer el trabajo del gobierno de turno, como una medida partidista para desgastarlo políticamente y restarle posibilidades a su partido para futuras elecciones. Esto equivale a cometer un abuso en el ejercicio de dicho derecho constitucional, situación que más de una vez ya fue planteada a la Corte de Constitucionalidad.

Además del control político señalado, el Estado de Derecho cuenta con varias instituciones que realizan el control administrativo y de gestión pública, y el control jurídico de responsabilidades civiles y penales, instancias que pese a sus intentos de reforma siguen siendo débiles y continúan dando paso a la corrupción.

En Guatemala, el poder y autonomía de los órganos de fiscalización del erario nacional, y control jurídico y administrativo se encuentran ausentes, lo cual permite que la corrupción se disemine, y a su vez se justifique el surgimiento de otros actores que proponen un cambio en el seno de la sociedad civil, orientados a fortalecer y consolidar la democracia transformando el Estado a través del otorgamiento de autonomía a un sistema que especialmente se ocupe de asegurar la fiscalización externa de todos los ingresos y egresos del Estado, así como los niveles superiores de cumplimiento y eficiencia ante la sociedad. Para ello es imperativo contar con una genuina decisión y voluntad política no sólo para hacer fáciles las acciones sino poniendo el ejemplo. Otro contrapeso al incremento de la corrupción podría identificarse en el rol que se espera

de los medios de comunicación social, para defender a la sociedad civil en esta lucha, denunciando los actos corruptos y formando la opinión pública. Esto es algo que con la apertura democrática, ya se evidencia de alguna manera.

Finalmente citamos que, en Guatemala la corrupción en la administración pública “se manifiesta en muchos escenarios y se identifica con el abuso de poder; la traficación de influencias; todo tipo de inversiones sin planificar y con precios discrecionales; la contratación de funcionarios y empleados públicos sin calificación; el nepotismo; la poca capacidad de los servidores públicos para cumplir sus obligaciones; las comisiones ocultas en los procesos de contratación pública, la obtención de beneficios como un cobro para cumplir con el trabajo al que están obligados por la ley los empleados públicos; la pésima calidad de los servicios públicos; los procedimientos aduaneros permisivos aprobados por el personal comprometido con el sector exportador e importador; el cohecho y colusión en la revisión de la declaración de impuestos y varias formas de evasión fiscal; la subvaluación de los bienes privatizados y los vicios en los procesos de concesiones; la dilapidación de los recursos públicos en beneficio personal y familiar”.³⁶

1.8. América Latina y la corrupción

Hablar de la corrupción tomó nuevamente actualidad en América Latina al iniciar la década de los noventa. Un presidente fue destituido en Brasil en 1992 por su parlamento; en Venezuela un segundo presidente es derrocado del poder en 1993;

³⁶ Ética, moral pública y lucha contra la corrupción en Guatemala, Ob. Cit., Pág. 122

entre tanto en México otro mandatario, culmina su período presidencial con el empaño de un asesinato político y fuertes inculpaciones de vinculación a actividades inmorales ilícitas fuera de toda ética pública, en el año de 1996; otro más de los gobernantes, específicamente en Ecuador fue desplazado en los inicios de 1997. Por razones de extensión de este trabajo no se hace referencia a cada uno de ellos en específico, simplemente se afirma que la corrupción más dañina es la que se genera en sus más altas autoridades y que a pesar de que han transcurrido más de veinte años de sucedidos estos casos, las prácticas de ejecución siguen siendo las mismas con unas pequeñas variantes. Se continúa utilizando la contratación pública, la privatización de los activos del Estado, las comisiones ocultas en los procesos de concesiones de recursos no renovables, así como el soborno y la mordida.

1.9. La corrupción en Guatemala

Este tema se desarrollará tratando de favorecer una comprensión didáctica, puntualizando aspectos relacionados con los matices de su percepción general, percepción que tiene la ciudadanía y la definición concebida en Guatemala, cuya exposición se hace en seguida.

a. Matices de la percepción general

En Guatemala la corrupción administrativa presenta casi los mismos matices que en América Latina, ya que nace desde las entrañas de los distintos gobiernos, y muy específicamente desde sus más altas autoridades, generando redes entre familiares,

correligionarios y amigos de confianza. Esto no implica que actos de corrupción casi generalizados se realicen en todos los niveles de la organización gubernamental, que van desde el momento en que un conductor que estaciona el vehículo oficial en su residencia, lo “ordeña” para apropiarse del combustible, hasta otro en el cual el gobernante de turno acuerda una concesión de un recurso natural no renovable a una empresa transnacional para su exploración, explotación y transformación a cambio de una jugosa super-comisión oculta, amparado por las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico, lo cual hace pensar que sería oportuno limitar las facultades a los gobernantes para que otorguen contratos de explotación en los que las compañías transnacionales sumas exorbitantes a cambio de regalías de miseria.

La corrupción se ha dispersado en forma más que significativa en todas las instituciones del Estado y la misma empresa privada, discurre en el centro del tema de la reforma económica que trata de plasmar estrategias de desarrollo global que ofrecen la exportación de productos no tradicionales y una liberación de la economía sin restricciones, y el tema político de la democratización del país, proceso este último no consolidado pese a que tuvo su inicio hace más de treinta años en los que se han sucedido nueve presidentes.

En los años de la lucha armada interna la corrupción se mantuvo viva por las obvias circunstancias que fueron su caldo de cultivo: el desvío de fondos de las coordinadoras interinstitucionales para otros fines. Los gastos confidenciales presupuestados, los puestos fronterizos de migración y las aduanas, el empleo patrimonial de los bienes del Estado y un sin fin de prácticas inmorales que no conocían la luz pública.

b. Percepción ciudadana de la corrupción

Los ciudadanos entienden la corrupción como “la forma por medio de la cual los funcionarios, empleados públicos y políticos, se enriquecen indebidamente mediante el cobro de comisiones o la aceptación de sobornos, a cambio de lo cual conceden favores, adquieren bienes y contratan obras, o simple y burdamente roban los recursos económicos del Estado y abusan de su patrimonio”.³⁷

Actualmente se han dado pasos en una percepción más completa de este tema, ya no sólo atribuyendo los actos de corrupción a los ciudadanos que desarrollan una función en la administración pública, sino se principia a dar un reconocimiento por parte de los estudiosos de la materia, que de igual manera se da en el ámbito privado nacional y transnacional. Así vemos que el mismo poder económico y político puede significar una fuente importante de corrupción, cuando éste no tiene los mecanismos correctos y eficientes de control. Hay quienes afirman que la corrupción administrativa no tendría tanta significación, si no existiese corrupción en el sector privado, en virtud de que su complicidad ha generado la posibilidad que la corrupción en la administración haya ido institucionalizándose y que su magnitud se convierta en alarmante.

Siempre en esa misma línea, es importante mencionar que en 1998 se creó en Guatemala la Superintendencia de Administración Tributaria, como parte del proceso de modernización de la administración pública, con el objetivo principal de propiciar una

³⁷ Hurtado, Oswaldo, Discurso de inauguración del seminario “reflexiones, experiencias y estrategias en torno a la corrupción, Pág. 1.

mayor recaudación de impuestos y desaparecer la enraizada corrupción aduanera, reduciendo también la elusión y la evasión tributaria. Actualmente la defraudación aduanera continúa afectando la política fiscal, no obstante de haber sido uno de los primeros propósitos de dicha institución. El arcaico problema del contrabando se sigue dando por la ausencia de transparencia, mientras que los interesados en reducirlo no parecían indignarse. Esto se ve evidenciado con la actual crisis de nuestro sistema político electoral, la baja recaudación fiscal que crea presupuestos desfinanciados, la mala calidad de los servicios públicos, que entre otros ha motivado un ambiente total de protesta por parte de la ciudadanía que exigió no solo la renuncia de las más altas autoridades del país, sino la reforma y creación de nuevas leyes que permitan iniciar una transformación total de los mecanismos para la elección de las autoridades que estén inspiradas por valores de transparencia y honestidad.

Esto último desembocó en la dimisión de las autoridades aludidas, quienes enfrentan procedimiento penal por haber quedado ligados al mismo, a quienes se les imputan delitos de corrupción, junto con otros funcionarios y empleados públicos, así como a particulares; sin perjuicio de respetar los principios constitucionales de inocencia y debido proceso.

Por otro lado se empieza a reconocer que la corrupción se desplaza en un entorno de ética permisiva, y que por consiguiente la batalla anticorrupción tiene que librarse con el apoyo de los valores de una ética nueva, fundamentada en principios alternativos que permitan el nacimiento de una verdadera cultura de transparencia.

Un aspecto final digno de mencionar en la actualidad, es que a partir del mes de abril de 2015, como producto de los escándalos de corrupción en la administración pública, se dio el surgimiento de nuevas instancias organizadas por la sociedad civil, denominadas colectivos, que aglutinan a distintos sectores de la ciudadanía, en las que se evidencia un mayor deseo de participación ciudadana, tendiente a reestructurar el sistema político de Guatemala, especialmente en lo que se refiere a la democratización y financiamiento de los partidos políticos, a través de la reforma de leyes para una mejor fiscalización de los recursos del Estado y que permita contar con herramientas en mano de los ciudadanos para un combate frontal de la corrupción administrativa, quienes no solo deben de tener la consigna de protestar sino también proponer soluciones de Estado.

c. Definición de la corrupción en Guatemala

Para definir la corrupción en Guatemala, se aprovecha un inmejorable aporte dado por expertos de una entidad que en forma permanente y con dedicación han puesto su concurso para orientar a la opinión pública en temas tan trascendentales. En atención a ello se cita lo que Acción Ciudadana afirma “es el aprovechamiento premeditado de la autoridad o el poder político y/o administrativo tanto en el sector público como en el privado, que determinadas personas o grupos hacen en provecho propio”.³⁸ Esta forma de aprovechar puede ser con propósitos pecuniarios o políticos afectando los intereses o derechos de la organización, los pueblos o la misma Nación, violando para ello preceptos jurídicos creados por la sociedad que norman sus actividades.

³⁸ Acción Ciudadana, La corrupción en Guatemala, Pág. 25

1.10. Daño moral y otros aspectos de la corrupción

La corrupción no nace únicamente cuando las personas que en forma individual tienen la responsabilidad del manejo de los bienes públicos, claudican en sus deberes, apoderándose de los fondos que han sido puestos a su disposición, los cuales provienen de los impuestos que pagan los que comercian, los que consumen y los que trabajan, estos últimos tanto del campo como de la ciudad.

También se relaciona con la falta de castigo, con la moral pública y con el hecho de herir valores esenciales como el bien común, la justicia social y la solidaridad. Tiene que ver asimismo con la violencia en una población plagada de proyecciones de los medios de comunicación que alientan en el ciudadano un carácter consumista y permisivo.

a. La corrupción no produce exclusivamente daño económico

Este fenómeno lesivo para la sociedad se relaciona directamente con la moral pública, es decir, que lesiona valores como el bien común, la justicia social y la solidaridad, tiene que ver con la impunidad al inadvertir los actos corruptos de los amigos en los aspectos de interés público, también ocultando los propios pero si señalando los efectuados por los demás; se vincula de igual manera con la violencia en un ambiente social lleno de información de los medios de comunicación en beneficio de un tipo de ética permisiva y consumista, estructurada sobre la base de esquemas y estrategias promocionales y de mercadeo.

La saturación de reglas prohibitivas y advertencias de sanciones despierta en muchos el ingenio de artimañas para salvar el cumplimiento de las normas. Se supone que la imposición de sanciones drásticas soluciona el problema, sin embargo, esto no sucede así, pues no importa lo riguroso de la sanción, éstas no pueden abarcar todas las circunstancias que se dan en el diario vivir de los servidores públicos, en virtud de que se necesitaría un poder omnímodo que controlara los más pequeños detalles.

En otro sentido, estimar que las normas están apartadas de la realidad social provoca que algunos pensamientos oscuros consideren el pretexto de no cumplir las reglas, apartando su conducta de las mismas en esa zona brumosa entre el querer y el deber.

Un escollo más es cuando se incrementa el ámbito de la discrecionalidad que se da frecuentemente en los gobiernos de corte dictatorial o cuando se excede de los estados de emergencia decretados por el Ejecutivo, para hacer frente a situaciones de orden público.

b. Otros aspectos de la corrupción

El incremento de la inquietud por el tema de la moral pública y la corrupción y de sus dañinas manifestaciones, han sido el campo adecuado para el nacimiento de enfoques del problema de la corrupción, que se sitúan de igual forma dentro de la investigación de las causas inmediatas o próximas del referido flagelo, así Paolo Mauro afirma: “la

mayor fuente de conductas rentistas es la disponibilidad de rentas”,³⁹ el viciado decir popular, no me den, sino pónganme donde hay, termina de ilustrar esta situación.

La actuación corrupta discurre con más probabilidad donde hay reglas e intervención del gobierno, en estos casos se orienta donde se pueden dar ganancias excesivas; políticas industriales orientadas a otorgar subsidios o deducir impuestos, esquemas para asignación de divisas, tipos múltiples de cambio, cuando se controlan los precios, etc., son algunos ejemplos.

“Donde no hay intervención gubernamental nacen otras causas rentistas, relacionadas generalmente a la extracción de recursos naturales no renovables, tal el caso de las actividades mineras que actualmente han generado mucha conflictividad social en Guatemala, o la relativa a la extracción petrolera, en las cuales la oferta encuentra un límite en la naturaleza, y sus costos de producción son mucho más que menores en relación a los precios de mercado, en razón de que las excesivas ganancias se ponen al alcance de las compañías extranjeras que los extraen”.⁴⁰ Por nuestra parte le sumaríamos que se produce una basta degradación del medio ambiente. Es posible que las autoridades que otorgan los derechos de extracción reciban y acepten proposiciones de sobornos.

³⁹ Paolo, Mauro, Corruption: causes, consequences, and agenda for further research. finance & development, Pág. 11.

⁴⁰ Ética, moral pública y lucha contra la corrupción en Guatemala, Ob. Cit., Pág. 124.

CAPÍTULO II

2. La probidad

Existe una estrecha relación entre lo que son principios y valores. De esa suerte se habla en el plano del Derecho Administrativo del principio de probidad, pero desde la perspectiva ética se le refiere como un valor; generalmente muchos principios pueden concebirse como valores o viceversa, desde luego todo depende en el contexto en que se les utilice. Con esta aclaración se afirma que probidad constituye un valor ético que induce a los funcionarios públicos a actuar con honestidad, transparencia y con decoro, esto en el ámbito de lo que puede denominarse ética pública, pero esencialmente la probidad significa una virtud del hombre relacionada íntimamente con lo verdadero y con el deber ser.

Un ejemplo de falta de probidad sería el caso de un juez que no es probo que imparta justicia, pues podrían ser sus fallos imparciales y condicionados por sobornos.

2.1. Concepto de probidad

Probidad, equivale a "rectitud de ánimo y del proceder, hombría de bien"⁴¹, es como concibe Guillermo Cabanellas la probidad. En atención a este concepto, se estima la probidad como el recto modo de proceder o una acción virtuosa.

⁴¹ Cabanellas, Guillermo, Diccionario de derecho usual, Pág. 389

2.2. Origen del vocablo: raíces, etimología y definición

Desde el punto de vista etimológico “probidad nos induce a la lengua latina, más específicamente al término probitas. La probidad equivale a la honestidad y a la rectitud: una persona honrada consecuentemente es aquella que tiene probidad.”⁴²

Se cree entonces que la probidad se manifiesta de una forma muy relacionada a la justicia, a la rectitud y a la equidad, puede entonces decirse también que los hombres escrupulosos no cometen delitos y ninguna transgresión contra la ley, pues de hacerlo significa que no son probos, ya que los hombres y las mujeres que se desempeñan en un cargo con dignidad y honorabilidad expresarán signos de probidad.

2.3. Aspectos teóricos de la probidad

Dentro de la teoría de probidad, se parafrasea lo que la licenciada Alma de Jesús Ortiz Corado, en su tesis de grado titulada análisis jurídico de la función de la Contraloría General de Cuentas en la regulación de la probidad de los funcionarios y empleados públicos, en la misma hace referencia a la obra trilogística del jurisconsulto Ulpiano, denotando éste tres consejos básicos para su pueblo romano: vivir con honestidad, no perjudicar a ninguno y actuar con justicia, lo que colocaba al individuo en una actitud adecuada de proteger el derecho de impartir verdaderamente la justicia dentro de la subjetividad de una relación jurídica, que viene a ser el vivir con honestidad o sea usar

⁴² Julián Pérez Porto y Ana Gardey, publicado: 2013, actualizado: 2015. Definición.de: Definición de probidad (<http://definición.de/probidad/>) (26-8-2016)

la conducta moral para no lesionar los derechos e inquietudes de sus semejantes. Se refiere además a que tanto los valores morales y éticos, unidos a lo jurídico contienen el concepto de probidad; de igual manera refiere que el derecho equivale a un minimum ethicum, es decir, que el derecho se fundamenta en la ética y en la moral, para llegar a afirmar que el contenido del derecho tiene que tener también una licitud moral y que el mismo normará la conducta externa del individuo en sus relaciones convencionales, y que a la vez no debe juzgar de la intencionalidad de los mismos, sino de su accionar externo de la manera que aparecen para ser probadas y que pueda fundamentarse en la justicia con lo virtuoso de la ética.

La profesional del derecho mencionada, plantea el nacimiento de un derecho positivo basado en la injusticia, de un marco legal que continuamente viole los derechos fundamentales de algo con características jurídicas que al darse su cumplimiento le permita al hombre la viabilidad de actuar con inmoralidad o bien pecar partiendo desde una perspectiva religiosa.

2.4. Evolución de la probidad

En Grecia, la ciencia que buscaba estudiar el orden consuetudinario del hombre (ethos) y conseguir aquellos hábitos de comportamiento que lograran moderar su actuación y sus pasiones, como resultado de la fuerza de su razón guiando su actividad. En Roma igualmente se ocuparon de la moral bajo el vocablo mos, moris, costumbre, la que buscaba esclarecer por un lado el fin último del individuo dentro de su orden natural,

como las leyes y preceptos para alcanzarlo dirigiendo adecuadamente los actos libres indispensables para ese fin.

Con base en lo anterior se entiende la Ética como “el conjunto de conocimientos supremos y universales sobre el orden de los actos específicamente humanos respecto al fin último, obtenidos a la luz natural de la inteligencia”.⁴³ Como consecuencia, se afirma que el Derecho, es una parte imprescindible de la Ética, forma parte de la normativa de lo ético y se sitúa en el campo del deber ser.

a. La probidad en Grecia

El pueblo griego, en Atenas, reconocido como la cuna de la democracia, es el que representa los antecedentes más antiguos de la Probidad donde “el pueblo como soberano ejercía un permanente control sobre sus servidores. Todos las actuaciones de la administración se realizaban por instrucciones de la Administración o del Consejo, los magistrados que tenían a su cargo los fondos públicos se sometían a la jurisdicción penal, su cargo duraba un año, respondían con su persona y con sus bienes, de algún delito o falta cometidos durante sus gestión; no tenían derecho de ausentarse del país, ejercer la disposición de sus bienes, ni enajenarlos a otra familia.

Al finalizar sus funciones era necesario que rindieran cuentas de los fondos públicos que habían administrado o hacer una declaración escrita, dando fe que no los habían

⁴³ Enciclopedia Temática Sopena, Pág. 582

utilizado; de no dar cumplimiento a esta obligación dentro un plazo legal, este acto de omisión era punible con una sanción pública”.⁴⁴

b. La probidad en hispanoamérica

Desde la época de Aristóteles con su obra *La República*, y aún momentos anteriores, y un tiempo después Cicerón con sus escritos y discursos elocuentes, se viene percibiendo en la cultura occidental representada por España, Italia, etc. que el poder público ha de ejercitarse dentro de la ética. O siguiendo los términos del propio Cicerón, “que el magistrado por el simple hecho de serlo, ejerce un poder público y por tanto representa al Estado en su actuación, tiene el deber moral de actuar conforme a la dignidad, el decoro y las leyes, y de precisar los derechos, así como el de tener presente la buena fe del encargo, es decir, la confianza en él depositada por el pueblo”.⁴⁵

El traslado de esos principios de España para América debido al descubrimiento y fenómeno de la conquista, representan el origen histórico de la probidad en América hispana, y se remonta formalmente al año de 1524, paralelo al inicio de la colonización española por medio del Juicio de Residencia. Este procedimiento se proponía evaluar el cumplimiento de las obligaciones encomendadas a aquellas personas dotadas de jurisdicción y poder, en especial a los de más alta jerarquía, al finalizar en el ejercicio de su cargo.

⁴⁴ Glotz, Gustave, *La ciudad griega*, Págs. 190-191

⁴⁵ Cicerón, Marco Tulio, *Sobre los deberes I*, xxxiv

Se aclara que los juicios relacionados en el párrafo anterior, los utilizaba la corona española para investigar y deducir la responsabilidad penal y administrativa que sus funcionarios enviados a las colonias para tutelar los intereses imperiales de España.

2.5. La probidad en Guatemala

Al no encontrarse registros ni escritos sobre la forma de administración, sus controles y las expresiones éticas de los pueblos originarios de Guatemala, al hablar de probidad es preciso referirse al inicio del control fiscal implantado por la corona española, en tal sentido se dirá que en el año de 1492, en el segundo viaje de Cristóbal Colón a América, los reyes nombraron a funcionarios para supervisar el adecuado manejo de los recursos y gastos destinados a la expedición.

Aún antes de haber finalizado las incursiones del descubrimiento y también de la conquista, y que apenas se iniciaban las acciones de colonización, casi a dos décadas después de su llegada a América, específicamente en el año de 1511, se instaló la primera audiencia en Santo Domingo.

Posteriormente se organizaron otros tribunales similares en otros países de hispanoamérica, especialmente en Guatemala.

Como se afirmó, no se encontraron datos de la forma en que los pueblos originarios de Guatemala manejaban la cosa pública, pero por los rasgos de su cultura milenaria, se deduce que de alguna forma manejaron la rectitud y equidad. En tal virtud este tema se

tratará a continuación fraccionado en tres subtemas así: época colonial, época independiente, y descripción de las leyes de probidad.

a. Época colonial

“En Guatemala, tuvo lugar el primer Juicio de Residencia en contra de Jorge de Alvarado, hermano de Pedro de Alvarado, conquistador de nuestras tierras en el año de 1529. De igual forma el segundo juicio de esta naturaleza, se enderezó contra el propio Pedro de Alvarado en 1536, al no haber cumplido con la obligación de pagar a la corona española, la quinta parte del oro que fue despojado a los indios”.⁴⁶

b. Época independiente

A partir del año de 1921, tomando como punto de partida y referencia histórica la Independencia de Guatemala, han estado vigentes cinco instrumentos legales, relativos a la probidad de las personas que desempeñen cargos o empleos en la administración del Estado.

Por la razón anterior, enseguida para el desarrollo de este trabajo investigativo, se buscará simplemente hacer referencia de cada uno de ellos, sin profundizar su contenido, lo cual sí se hará con el Decreto Legislativo Número 89-2002 de esta materia y que se encuentra actualmente vigente.

⁴⁶ Del Valle Pérez, Hernán, Historia de la Contraloría General de Cuentas, Pág. 17

2.6. Descripción de las leyes de probidad

Desde una perspectiva legal varios son los instrumentos jurídicos que han regulado la probidad en Guatemala, los cuales se han derogado unos a otros hasta llegar al actualmente vigente. Estas leyes en cuanto a su forma han obedecido al pensamiento ético y político imperante en cada época de la historia, no obstante todas han coincidido en cuanto a su espíritu que es el de fomentar la probidad y la transparencia de los funcionarios y empleados públicos, por lo que siguiendo ese orden enseguida se mencionan:

- Decreto No. 1707 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala
- Decreto No. 203 del Presidente de la República
- Decreto No. 89-96 del Congreso de la República de Guatemala
- Decreto No. 8-97 del Congreso de la República de Guatemala
- Decreto No. 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala

El Decreto Número 89-2002 del Congreso de la República, que contiene la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, promulgada el 6 de diciembre del año 2002 cobró vigencia el 1 de febrero del año 2003, y que como se dijo rige actualmente en materia de probidad de los funcionarios y empleados públicos.

El Capítulo I que contiene las normas generales, en el Artículo 1, establece que: "El objeto de la Ley es crear normas generales y procedimientos para transparentar el ejercicio de la administración pública y asegurar la observancia estricta de los preceptos

constitucionales y legales cuando se ejercen funciones públicas en perjuicio de los intereses del Estado; establecer los mecanismos de control patrimonial de los funcionarios y empleados públicos durante el desarrollo 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 y jurídicas que manejen, administren, custodien, recauden o inviertan fondos o valores públicos, determinando la responsabilidad en que incurran.”

En cuanto a los sujetos obligados, el Artículo 4 se refiere a que: “Son responsables de conformidad a esa Ley y serán sancionados por el incumplimiento o inobservancia de la misma, conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente en el país, todas aquellas personas investidas de funciones públicas permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, especialmente:

- a) Los dignatarios, autoridades, funcionarios y 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 las juntas directivas, directores, gerentes, 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.

- c) **Los directivos y demás personas de comités, asociaciones y patronatos autorizados conforme 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; y,**

- e) **Los miembros de las juntas directivas, el o los propietarios de las empresas que construyan, produzcan, monten, instalen, mejoren, adicione, conserven, restauren y administren una obra, bien o servicio público. Asimismo, en esta disposición quedan comprendidos quienes presten sus servicios al Estado de Guatemala en el exterior del país en cualquier ramo.”**

El Artículo 14 señala cuales son las instituciones encargadas de tutelar la verificación y el cumplimiento de esta Ley, especificando que: “Dicha misión corresponde de conformidad con las atribuciones que les otorga la Constitución Política de la República y sus leyes especiales, al Congreso de la República de Guatemala; al Ministerio Público como responsable del ejercicio de la acción penal; a la Procuraduría General de la Nación como encargada de velar por el patrimonio público en su calidad de

representante legal del Estado; a la Contraloría General de Cuentas, responsable de fiscalizar el presupuesto de Ingresos y egresos, y todo interés hacendario.”

Ese mismo Artículo amplía la obligación tutelar, a las autoridades nominadoras de los diferentes organismos del Estado, municipalidades y sus empresas y entidades descentralizadas y autónomas.

En lo referente al procedimiento para la presentación de la declaración jurada patrimonial, el Artículo 20 de la Ley principia definiéndola como: “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 respectivo. Se indica también en este Artículo quiénes son los sujetos obligados a cumplir con la presentación de la declaración, señalándolo así:

- a) Los sujetos de responsabilidad a que se refieren los incisos a), b), c), d) y e) del Artículo 4 de la presente Ley, excepto aquellos cuyo sueldo mensual sea inferior a ocho mil quetzales (Q 8,000.00), y no manejen o administren fondos públicos.
- b) Todos los funcionarios y empleados públicos que trabajen en aduanas, puestos fronterizos, Dirección General de Migración, puertos y aeropuertos de la República, o que se encuentren temporalmente destacados en dichos lugares.

- c) Cualquiera otra persona distinta a las indicadas en el Artículo 4 de esta Ley, cuando de las investigaciones surjan indicios de su participación en actos constitutivos de delitos o faltas contra los bienes tutelados por la presente Ley.

El Artículo 21, al referirse a la confidencialidad de la declaración puntualiza que: “Los datos proporcionados por los funcionarios públicos deben considerarse bajo garantía de confidencialidad; se prohíbe su divulgación por cualquier medio y solo podrán verificarse dentro de un proceso judicial.”

En cuanto al plazo para presentar la declaración jurada patrimonial, el Artículo 22, establece que: “Ésta deberá presentarse dentro de los treinta (30) días siguientes de la fecha efectiva de toma de posesión del cargo o empleo; y dentro de los treinta (30) días posteriores a la fecha a la fecha en que cesen en el ejercicio del cargo o empleo.”

En casos excepcionales debidamente justificados, la Contraloría General de Cuentas podrá ampliar el plazo hasta por un período igual. Las ampliaciones, rectificaciones y demás diligencias relacionadas con la declaración jurada patrimonial están exentas del pago de impuestos o tasas de cualquier naturaleza.

El Artículo 23 al referirse a los requisitos que deberá contener la declaración jurada patrimonial, indica que: “La misma se presentará en un formulario especial que proporcionará la Contraloría General de Cuentas, en el cual se consignará como mínimo cierta información, a la que se hace referencia a continuación por considerarla de mayor relevancia:

- a) **Datos de identificación personal, indicando si se es integrante de juntas, consejos directivos y/o miembro de corporaciones, asociaciones o sociedades. Nombre y datos de identificación del cónyuge o conviviente e hijos dependientes.**

- b) **Relación de ingresos propios del último año, su cónyuge o conviviente e hijos dependientes. Identificación de las cuentas corrientes y de ahorro en Guatemala y en el extranjero si las tuviere, su cónyuge o conviviente e hijos menores.**

- c) **Relación detallada de los bienes y derechos vigentes, propios del declarante, de su cónyuge o conviviente e hijos dependientes, debiendo consignar como mínimo los bienes inmuebles, fondos, valores y créditos a su favor. Los bienes deberán describirse e identificarse plenamente. En el caso de bienes inmuebles bastará consignar su valor declarado ante la autoridad fiscal correspondiente, siendo suficiente estimar su valor. Los bienes muebles se indicará su valor estimado. En ningún caso los valores asignados a los bienes tendrán efectos fiscales o tributarios.**

Según el Artículo 24 de la Ley: "Presentada la declaración inicial, la Contraloría General de Cuentas, podrá proceder a su comprobación recabando los informes que estime necesarios y practicando las diligencias pertinentes, y obligatoriamente cuando el funcionario cese en el cargo. Para el efecto, las personas obligadas deberán prestar toda la colaboración que se requiera y las oficinas públicas y entidades privadas deberán proporcionar los informes que se soliciten dentro del marco de la ley."

Además de la obligación de los informes a que se refiere el Artículo precedente, el Artículo 25 establece que: “Las oficinas públicas y los bancos del sistema, así como las personas individuales y jurídicas que el declarante mencione como deudores o acreedores, quedan obligados a suministrar la información que la Contraloría General de Cuentas les requiera, dentro de los plazos que dicha entidad les imponga, previniéndoles que de incumplir con tales requerimientos se promoverán en su contra las acciones judiciales pertinentes.”

Lo relacionado con la ampliación de la declaración está regulado en Artículo 26 de la referida Ley, el cual ordena que: “Las personas a que se refiere el Artículo 4 de la presente Ley, deberán ampliar su declaración jurada patrimonial en el mes de enero de cada año en los casos siguientes:

- a) Si en curso del año adquieren bienes inmuebles, por cualquier título o valor.
- b) Si adquirieren otros bienes cuyo precio sea mayor de cincuenta mil quetzales (Q50,000.00).
- c) Si contrajeron acreencias o deudas mayores de cincuenta mil quetzales (Q50,000.00).

Igual obligación de presentar la ampliación procede cuando los bienes, deudas o acreencias, a que se refiere este Artículo, hubieren sido adquiridos por su cónyuge o hijos dependientes. El incumplimiento de esta norma constituye responsabilidad

administrativa que será sancionada por la Contraloría General de Cuentas conforme a la presente Ley.”

El Artículo 29 de la Ley, norma que al presentarse la declaración jurada patrimonial por cese en el desempeño del cargo o empleo, la Contraloría General de Cuentas, efectuará el estudio comparativo del activo y pasivo que el obligado haya incluido en sus diversas declaraciones, a fin de establecer si existe o no enriquecimiento ilícito u otro delito que pudiera ser constitutivo de responsabilidad de acuerdo con la ley.

En lo que respecta al Artículo citado en el párrafo anterior, lo relativo a la sanción por enriquecimiento ilícito fue letra muerta desde la vigencia de la Ley, y careció totalmente de positividad, además de contradecir el principio de legalidad, por no existir en nuestro ordenamiento penal vigente la tipificación de dicho delito. Es oportuno aclarar que a partir de la promulgación reciente de la Ley Contra la Corrupción, la Contraloría General de Cuentas ahora sí cuenta con una herramienta valiosa para combatir la corrupción en la administración pública; lo cual indudablemente depende de la voluntad política que manifiesten las autoridades que dirigen la referida Institución, por ser ésta el órgano de control y fiscalización más importante del Estado en materia de probidad.

El finiquito a favor de las personas afectas a la presente Ley, está contemplado en el Artículo 30, el cual preceptúa: “Como consecuencia de haber cesado en el cargo, no podrá extenderse finiquito, sino solamente después de haber transcurrido el plazo señalado en la ley para la prescripción.” Debemos de entender que se refiere a la



prescripción de la responsabilidad administrativa, la cual según el Artículo 155 segundo párrafo de la Constitución Política de la República de Guatemala es de veinte (20) años.

Finalmente se establece que de acuerdo a lo que regula el segundo párrafo de ese mismo Artículo, para que una persona pueda optar a un nuevo cargo público sin que haya transcurrido el plazo de la prescripción, bastará con que presente constancia extendida por la Contraloría General de Cuentas de que no tiene reclamación o juicio pendiente en razón del cargo o cargos desempeñados anteriormente. Recibida la solicitud del finiquito, este se extenderá dentro de los quince días siguientes, sin costo alguno.

2.7. Cultura pública de la organización y ética

Como se apuntó anteriormente al decir que es necesario que el poder público se ejercite en forma ética, es lo mismo que afirmar que el poder público debe dirigir su actuación bajo principios éticos determinados, a los cuales se hará referencia, no sin antes precisar que los mismos por ser propios del poder público son caracteres de las organizaciones a las que es factible proporcionar esa calidad (organizaciones públicas), y éstas no son otras que las administraciones públicas.

Es fácil después de lo expresado creer que la actuación de los cargos y funcionarios públicos sería guiada por principios que resultarían de una particular cultura, la de las administraciones públicas que finalmente trataría de determinar el proceder de aquéllos.

La disciplina de la administración que ha dedicado atención a esos temas, se apoya en la teoría de la administración, para deducir que por ser organizaciones las administraciones públicas cuentan con una especial cultura de la organización. Por ello Villoria Mendieta, afirma que cultura organizativa es “un conjunto de pautas de creencia o sentimiento”.⁴⁷ De esa manera la cultura de la organización perteneciente a las administraciones públicas, es decir, cultura de la administración vendrían a ser el conjunto de pautas de creencia o sentimiento que existen en las administraciones públicas.

En esa dirección también Bauzá Martoreli, define la cultura administrativa como “el conjunto de valores compartidos por los empleados públicos”.⁴⁸ Esta forma de interpretar la cultura administrativa viene a ser muy congruente por integrar la idea de valores, la cual no es difícil integrar a la de principios, éticos desde luego, a los cuales ya se hizo una pequeña referencia.

Los rasgos de una cultura de la administración pública, a diferencia de cualquier otro tipo de organización, son:

- a) “Grande, al notarse generalmente el significativo tamaño de las administraciones, contando con excepciones siempre.

⁴⁷ Villoria Mendieta, M., *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, Universidad Pompeu Fabra, Págs. 111-121.

⁴⁸ Bauzá Martorell, F.J., *Aproximación a la ciencia de la administración, gerencia aplicada a las organizaciones públicas*, Pág. 178.

- b) Estable, de la forma como la organización que más lo sea.
- c) Jerarquizada, como clásicamente lo exigía Weber.
- d) Repetitiva en sus procedimientos.
- e) De reglas fijas, y por consiguiente poco cambiante.
- f) De reuniones formales, no extraordinarias; también en este caso no falta excepciones; y,

De crecimiento limitado, generalmente debido a limitaciones en los presupuestos y por la normal estabilidad demográfica de su clientela, los ciudadanos”.⁴⁹

Delimitados ya los principios éticos en la Administración Pública como producto de una especial cultura organizativa, es conveniente ahora nominarlos concretamente. Esto se buscará hacerlo, empleando el camino y la dirección del inmejorable estudio antes citado del Profesor Pablo García Mexía, quien utiliza las experiencias comparadas de la doctrina estadounidense y española, países pioneros en la investigación de estos temas. El apoyo se tendrá citando algunas normas constitucionales de España, país dentro de los pocos que han mantenido la tradición de interesarse por el combate a la corrupción y otras modalidades nuevas o más atenuadas, como ejemplo los conflictos de intereses u otras figuras similares.

⁴⁹ Ramio, C., Teoría de la organización y administración pública, Pág. 200.

2.8. Principios éticos y poder público democrático

El servicio al interés general es el único motivo de la existencia de las funciones y cargos públicos. “La obligación de servicio al interés general se basa en fundamentos éticos en general y éticos públicos en particular”,⁵⁰ lo afirma González Pérez. De esa forma los que estudian esta materia en el ámbito norteamericano coinciden al reiterar la ineficacia de las normas jurídicas para combatir un fenómeno tan prolongado como es la corrupción. Aún más, “el trabajo del Derecho en este campo se dificultará si quienes toman las más altas decisiones públicas no tienen conciencia en su fuero interno de que el único origen que legitima su poder está en la confianza ciudadana, la cual es dada únicamente para servir al interés general”.⁵¹

En el anterior documento citado, también se expone el requerimiento de crear un ambiente ético-público en el que los fines de servicio a la comunidad fundamenten la actitud diaria de los poderes públicos.

Villoria Mendieta, otro de los representantes de la doctrina española en las conclusiones de su interesante obra relacionada con este tema, comparte esa misma idea, al exponer que “la opción final que favorece la actuación ética está monopolizada en cada empleado público y en ese lugar íntimo es donde juegan su verdadero papel los valores profesionales y los códigos de conducta, razón por la que: cuando se hace

⁵⁰ González Pérez, J., *La Ética en la administración pública*, Pág. 31.

⁵¹ *To Serve with honor, report of the president's commission on federal ethics law reform*, Pág. 1.



referencia a la ética de los empleados públicos se trata de que estos conozcan de que forma respetarse así mismos a través del cumplimiento de su esencial labor.”⁵²

Sin embargo, cosas muy diferentes son aceptar que existe dificultad del Derecho para combatir la corrupción y otra muy diferente neutralizar su función. En realidad, no obstante que el espíritu de la medida contra la corrupción que el gobierno tomase tenga los lineamientos de disciplinas no jurídicas, y especialmente insista en valores de formación, por ejemplo la probidad: un camino esencial para concretar esas medidas será siempre el de la norma jurídica.

De esa forma lo conciben las nociones más representativas de la Ciencia de la Administración, citamos a Rohr en este caso, quien califica como “ruta baja (lowroad) las medidas jurídicas para prevenir y combatir la corrupción; la ruta alta (highroad) estaría por el contrario formada por las medidas arbitrables desde la disciplina de la Administración”.⁵³

En la misma dirección Gifford establece: “Que el poder discrecional de la Administración únicamente se encuentra efectivamente limitado cuando los agentes públicos interiorizan las normas del ordenamiento”.⁵⁴

⁵² Villoria Mendieta, M., Ob. Cit., Págs. 190-191.

⁵³ Rohr, J.A., Ethics for fureaucrats: an essay on law and virtue, Passim.

⁵⁴ Gifford, D.J., Decisions, decisional referents and administrative justice, en C. C. Havighurst (ed): administrative discretion, Págs. 3-4.

Asimismo López Calera, señala refiriéndose al que practica la política, que “cuando el político se desenvuelve dentro de los valores y pautas morales, que no están dentro de normas jurídicas, pero sí son asumidos por una mayoría, su política siempre y sin duda será la más democrática”.⁵⁵

Nuevamente Rohr, expresa que “el equilibrio entre medidas jurídicas y extrajurídicas se canalizaría a través de los valores de la correspondiente Constitución”.⁵⁶ Por ello concurre simultáneamente esta posibilidad (método para que se respete el interés general, es interpretando la Constitución), con la valiosa noción administrativista del continente europeo que Nieto toma en España de P. Haeberle, “la cual al evidenciar la debilidad de la doctrina del interés general o interés público, acude al que estima verdaderamente efectivo para hacerlo realidad: la interpretación de los textos constitucionales, y fundamentados así, los cargos o funcionarios públicos habrán de respetar el interés general, en el ejercicio de sus competencias si lo acomodan a los principios y valores de la correspondiente Constitución”.⁵⁷

Por la razón anterior, en las actividades de ética pública que tuvieron lugar en España, en el año de 1997, promovidas por el Instituto de Administración Pública, una de sus

⁵⁵ López Calera, N., *Corrupción, ética y democracia*, en F. J. Laporta y S. Alvarez (eds.): *la corrupción política*, Pág. 134.

⁵⁶ Rohr, J.A., *Constitutionalism and administrative ethics: a comparative study of Canada, France the United Kingdom and The United States*, en T.I. Cooper (ed): *handbook of administrative ethics*, Marcel Dekker, Págs. 521-522.

⁵⁷ Nieto, A., *La Administración sirve con objetividad los intereses generales*, en *estudios sobre la constitución Española*, Pág. 2251.

mayores conclusiones fue plasmada de esta forma: “nuestra Constitución significa el acervo ético común de todos los españoles”.⁵⁸

Por eso la Constitución española en su Preámbulo expresa que: “La nación desea establecer la justicia y, promover el bien de cuantos la integran, así como consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular, fundamentando así de sobra la legitimación de sus poderes públicos en el servicio al interés general.”

El Artículo 103.1 C. E, que se refiere a la actuación de las administraciones públicas, poderes públicos en específico, contiene cuatro principios básicos, también para el propósito del presente trabajo, los que se enumeran de la manera siguiente: “Primero, la Administración Pública debe servir los intereses generales. Segundo, la Administración Pública habrá de servir esos intereses con objetividad.” Con ello en cuenta, será posible concretar un tercer principio claramente mencionado en el precepto, el principio de eficacia. Por último, la Administración pública debe actuar sometiéndose totalmente a la ley, y de igual forma al Derecho.

Por todo lo presentado anteriormente, la ley y el Derecho de España conciben proscritas las actuaciones públicas que con exclusividad se dirigen a satisfacer intereses particulares. No es raro por ello que tratadistas como Rodríguez Arana dé mucha importancia al “valor del servicio como guía de la actuación del poder público y

⁵⁸ INAP., Jornadas sobre ética pública, Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto de Administración Pública, Madrid, Pág. 134.5

considere el respeto de los derechos fundamentales como la esencia del concepto de interés público”.⁵⁹ Coincidiendo González Pérez, se propone que “la dignidad humana pueda pautar básicamente el accionar ético en la Administración en beneficio del único centro del sistema administrativo, es decir, el ciudadano”.⁶⁰

La actitud de la administración de favorecer intereses de parte infringe Artículos de la Constitución Española, así: Artículo 1.1 C.E. que se refiere al Estado democrático, pues con ello se traicionaría principios como la confianza ciudadana. El Artículo 1.2 C.E. relacionado a la naturaleza soberana del pueblo. El Artículo 9.3. C.E. referido a la garantía de responsabilidad de los poderes públicos. El Artículo 23.1, que expresa el derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos. Y los Artículos 1.3 y 66.1 C.E. relativos a la naturaleza representativa de su régimen político, la que se evidencia con un ejemplo emblemático y de mucha importancia para la nación española y que se encuentra contenido en el Artículo 67.2 C.E. que establece: “La prohibición que los miembros de la Cortes Generales ocupen sus cargos por mandato imperativo.”

García de Enterría, es determinante en ese sentido cuando afirma que “es, justamente, la confianza del pueblo la esencia misma del sistema democrático”.⁶¹ De ese modo entonces “el cargo público merece seguir siéndolo en tanto que al parecer del electorado, dignifique la confianza depositada en él, al dedicar su esfuerzo en beneficio del interés general”.⁶²

⁵⁹ Rodríguez Arana, J., Principios de ética pública ¿corrupción o servicio?, Págs. 9 y 61.

⁶⁰ González Pérez, J., La ética en la administración pública, Págs. 33 y 40.

⁶¹ García Enterría, E., Democracia, jueces y control de la administración, Pág. 97.

⁶² Sában Godoy, Ob. Cit., Pág. 101.

De forma igual en atención al Artículo 9.3 C.E., rompería la legalidad vigente al transgredir el principio de legalidad, pues este tipo de violación normativa apareja una conducta corrupta, que de igual forma lesionaría la seguridad jurídica, la cual proviene de las actuaciones públicas que respetan el interés general.

Y no menos importante es el Artículo 1.1 C.E. que habla sobre la justicia, y el contenido del Artículo 9.3 C.E., que refiere que ésta se vería conculcada por la actuación pública parcial, subjetiva y arbitraria, como lo sería toda aquella, según el Artículo 106.1 C.E., en la que prevaleciera exclusivamente el interés particular de algunos ciudadanos, sin tener en cuenta el bien común; en cuanto le da facultades y también obliga a los tribunales a mantener el control acerca del sometimiento de la actuación administrativa a los fines que los justifican, haciendo implícitamente inconstitucional el vicio de la desviación del poder.

El Artículo 1.1 C. E. consagra la igualdad como valor superior, es decir, “como principio calificado con especial protección”.⁶³ Y finalmente lo que norma el Artículo 103.1 de la misma Constitución cuando se refiere al principio de objetividad: “La Administración Pública habrá de servir a los intereses generales con objetividad”, o sea sin arbitrariedad, en forma imparcial y con justicia, estando sujeta a los fines que le dan justificación a su poder.”

Se concluye este tema haciendo hincapié en que estos valores reconocidos en la Constitución española son asimilables con los que predominan en los países de

⁶³ Sabán Godoy, Ob. Cit., Págs. 19, 100-101.



occidente, de manera especial los que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, y así también para Guatemala.



CAPÍTULO III

3. Aspectos generales de la administración

Desde sus orígenes la humanidad ha estado marcada por un instinto de progreso, facilitándose para el hombre mejorar su forma de vivir de manera organizada, requiriendo empírica o técnicamente plantear la realización de sus objetivos y metas que en general encuentran la transformación en sus propios fines individuales, familiares y sociales.

Con un deseo natural de cubrir en forma adecuada las necesidades suscitadas a lo largo de su existencia el hombre ha organizado sus recursos, su fuerza física e intelecto.

Esa capacidad organizativa que con el tiempo se ha desarrollado progresivamente en las sociedades es lo que conocemos ahora como administración, y que se requiere también como indispensable en todo proyecto de vida individual, colectivo o estatal

3.1. Interrogantes en cuanto a la administración

Según Castillo González, “el estudio de la Administración desde cualquier perspectiva que se realice se formulan interrogantes tales como, ¿Qué es la administración?, ¿Cuál

es su campo de acción?, ¿Cuál es su importancia?, etc.”.⁶⁴ Para obtener respuestas, se acude generalmente a las definiciones, sin embargo considera que éstas son puntos de vista discrepantes de autores que no se ponen de acuerdo en una que contenga elementos y características comunes aceptadas por todos.

3.2. Administración y administradores

Sí coinciden los autores, en que “la administración es de todas formas una actividad humana que busca mejorar las condiciones de vida de los seres humanos”.⁶⁵ Se afirma que la administración es una sola, y es la misma en toda la organización, que no es posible establecer divisiones de cualquier naturaleza que sea, pública o privada. Con los administradores, de igual forma, no se establecen categorías frente a la administración, inevitablemente están aquellos individuos que genéricamente se identifican como administradores, aunque en su organización se les denomine de diferente manera: presidentes, gerentes, directores, ministros, ejecutivos, o administradores. Su calificativo no tiene importancia, sino lo que caracteriza su actividad de guiar, dirigir, estimular, empujar, coordinar, motivar, ordenar, controlar o realizar la supervisión de trabajo o las actividades de los demás, individualmente o en equipos de trabajo, tratando de aprovechar un ambiente adecuado para alcanzar objetivos y metas determinadas. Esto induce a considerar la importancia de la administración en el avance de toda actividad humana, así como la necesidad de contar con hombres que dirijan con características de verdaderos líderes.

⁶⁴ Castillo González, Jorge Mario, Derecho administrativo, teoría de la administración, Pág. 17.

⁶⁵ Ibid.

3.3. Desarrollo de su competencia y ámbito de acción

Desarrollan su competencia dentro del ambiente interno y externo de la organización; el externo abarca básicamente, el ambiente político, el ambiente económico, el ambiente social, el ambiente tecnológico y el jurídico. Estas labores pueden realizarse correctamente si los administradores conocen el ambiente que los rodea.

3.4. Estudio e importancia de la administración

Compleja es la tarea del estudio de la administración al dificultarse por donde iniciar, sin embargo es conveniente hacerlo como se practicó en épocas que nos anteceden, dividiendo las funciones administrativas esenciales, referidas a la planificación, organización, dirección, coordinación y control, debido a que cada una de estas funciones tiene su propio ámbito académico de estudio y posibilita la exposición de principios, técnicas o iniciativas sobre cada tema. Nadie está en desacuerdo que la administración es imprescindible, no se puede dejar de aprovechar su beneficio, sin ella no se podría canalizar los esfuerzos de varias personas o de grupos de trabajo o de acciones que se organizan para cumplir estrategias, lograr objetivos y llegar a metas que un solo individuo nunca podría alcanzar. “Ninguno se imagina una administración aislada, en cualquier forma o sentido siempre se encontrará inmersa en el medio ambiente, influida y en permanente interrelación con el mismo”.⁶⁶ Queda evidenciado con esto que la administración está determinada por su contexto, y también por las ideas y corrientes de pensamiento de los individuos que desenvuelven en él.

⁶⁶ Ibid.

3.5. Importancia de los administradores

Los administradores son importantes, no se podría administrar sin su participación, aún en las organizaciones más simples siempre existe alguna persona que tiene la responsabilidad del trabajo de los demás, realizando funciones de administrador. Desde luego, las circunstancias diferentes, los tipos de organización, los fines y propósitos también diferentes, pueden establecer administraciones diferentes y particularidades diferentes entre los administradores, los cuales vienen a ser el primordial componente de la administración. Asimismo los administradores persiguen la misma finalidad común, la obtención de utilidades y beneficios, por medio de la inversión por lo menos de dinero, recursos materiales, esfuerzos y tiempo.

No toda la actividad que desarrolla un administrador puede considerarse de naturaleza administrativa, tal el caso por ejemplo de las personas ejecutivas con responsabilidades de dirección; éstos realizan actividades administrativas y actividades políticas de la organización. De la misma forma no es totalmente administrativo el trabajo que desarrolla la administración, se ve el caso de los subordinados situados en la base de la estructura de la organización, que realizan trabajo que por sus características no se conceptúa como administrativo y menos como político, porque asume todos los elementos distintivos de meros hechos o actividades materiales, como ejemplo: el caso del conserje que realiza la limpieza de las instalaciones que sirven de sede a la organización. Otro ejemplo, en qué momento no se realiza trabajo meramente administrativo sería el caso de un miembro de la organización que da mantenimiento a las instalaciones de la sede de la misma.

3.6. Administración como ciencia y como arte

“Es necesario entender a la administración como una ciencia, es decir, como la reunión de conocimientos relativos a la administración; la aplicación de esos conocimientos o su ejecución, hacen que deje de ser ciencia para convertirse en arte; por eso se afirma que el administrador ejecuta su arte, o sea su habilidad, su talento, destreza o método de administrar”.⁶⁷

3.7. Principios en la administración

El artista de la administración, o sea el administrador, con el deseo de lograr los resultados esperados se basa en los principios, pero al separarse de éstos, los resultados positivos o negativos dependen de otros factores ajenos inconsistentes como el azar, la casualidad, la intuición, etc. No debe entenderse que la aplicación de los principios produce solo resultados positivos; ya que sí facilitan la indicación de lo que se debe hacer, sin embargo por sí mismos, no constituyen garantía para obtener buenos o malos resultados; desde luego la utilización de principios mejora las posibilidades para el administrador, de obtener lo que quiere, pero al abandonar su empleo afirma Castillo González, “mejor será que calcule sus costos y los compare con el resultado final, porque en tal caso, puede obtenerse malos resultados dentro de un máximo de probabilidades”.⁶⁸ La práctica se ve sustancialmente mejorada y simplificada con el empleo de los principios y la teoría mejora la eficiencia de los administradores

⁶⁷ Ibid, Pág. 18.

⁶⁸ Ibid, Pág. 19.

haciendo crecer las expectativas de lograr buenos resultados, de aprender a costa de los errores o por medio de costosos experimentos o largas jornadas de investigación.

a. Aplicación práctica de los principios administrativos

Debido a la utilización de los principios los administradores no cometen el error de colocar a un subordinado bajo las órdenes de dos o más jefes, no establecen controles sin previos planes, no asumen la responsabilidad de lograr determinados objetivos, si no se les ha otorgado antes la autoridad necesaria (empoderamiento) o no planifican si previamente no conocen algo sobre las metas. “Además los principios hacen más fácil la capacitación o preparación de los administradores en períodos más cortos; mejoran en general toda la administración conforme se aprovecha el conocimiento administrativo conocido, pudiéndose éste mejorar por medio de la investigación; finalmente facilitan la función social; en este último caso, la administración científica propicia el mejor uso de los recursos humanos y materiales de la propia administración y como resultado se provocan beneficios de tipo social; la administración en consecuencia queda incorporada al desarrollo, brindando su propio concurso con el fin de alcanzar el bien común, incrementando el nivel de vida; otra vez no hay que perder de vista que la administración por sí sola no actúa en función social, pues para lograr este propósito necesita de administradores de altos quilates”.⁶⁹

El conocimiento cierto de la administración es materia de la ciencia administrativa, la cual produce la explicación de fenómenos, basándose en la metodología científica,

⁶⁹ Ibid.

permitiendo sistematizar el conocimiento, lo cual es posible a través de la permanente observación de los hechos, circunstancias o realidades que en forma continua se presentan en toda administración.

Los principios en el ámbito administrativo sirven para calcular (predecir) en situaciones y condiciones similares. En ese orden, los principios pueden definirse como verdades fundamentales en un momento dado. Se cita como ejemplo: el principio de la división del trabajo del tratadista Taylor; el cual se enuncia afirmando que "La dirección y los trabajadores deben distribuir por igual el trabajo y la responsabilidad. En la administración empírica basada en el lema: iniciativa e incentivo, casi todo el trabajo y la responsabilidad se cargan sobre los hombros de los trabajadores; en la administración de iniciativa e incentivo, todo el problema del trabajo queda en manos del trabajador, mientras que en la administración científica, un porcentaje del problema equivalente a la mitad, está a cargo de la dirección".⁷⁰, dependiendo de la organización, en un determinado momento, lo enunciado en el referido principio puede comprobarse como cierto. Existen dos clases de principios, los descriptivos y los normativos, los primeros se concentran en describir las relaciones de los fenómenos generalmente naturales, tal el caso del principio de dilatación de los cuerpos, el principio de que la materia no se crea ni se destruye, sólo se transforma etc. Mientras que los principios normativos, que son los que más interesan a la administración, son los que tienden a indicar lo que puede o debe hacerse, ya sea que se tenga la facultad de hacerlo o bien se haga como producto de una obligación, debiendo en cualquiera de los casos hacerse lo que indica el principio. En las leyes y los reglamentos de las organizaciones

⁷⁰ Taylor, Frederick Winslow, Principios de administración científica, Pág. 29.

se encuentran los principios administrativos, los cuales son el producto de la teoría administrativa, ejemplo: el principio de la disciplina.

3.8. Enfoques sobre la administración

Según Castillo González, “en el terreno de la academia el estudio de la administración arroja varios puntos de vista sobre cómo ésta es concebida, constituyendo aquellos cada una de las escuelas o criterios como en la actualidad se les conoce. De cualquier forma, los distintos puntos de vista concentran la mayor parte del conocimiento acerca de la administración”.⁷¹ Es necesario prevenir al investigador que ningún enfoque tiene preeminencia sobre los demás por mucho fundamento que aparente poseer, en vista de que cada uno representa nada más y nada menos que el aporte teórico de cada uno de sus autores; como consecuencia de ello conviene efectuar con todos una tarea de integración con el propósito de obtener una estructura teórica total.

a. Enfoque empírico o práctico

El estudio del procedimiento administrativo fundamentado exclusivamente en la experiencia y en la práctica, caracteriza la base del enfoque empírico o práctico. Esta corriente doctrinaria estudia la administración en forma exclusiva basándose en la experiencia, dejando de lado la teoría y la aplicación de principios. Basa su interés generalmente en concentrar antecedentes para luego efectuar generalizaciones; también reúne soluciones ensayadas y consecuentemente tiende a aplicarlas dándoles

⁷¹ Castillo González, Ob. Cit., Pág. 20 y ss.

la categoría de criterios válidos e indiscutibles, con utilidad para solucionar en forma fundamentada en problemas ocasionados en situaciones pasadas, las situaciones problemáticas del presente.

b. Enfoque científico

Como tradicional o universalista es conocido comúnmente este enfoque. Basa la administración en la organización y ésta en la división del trabajo. Su autoría se atribuye a los teóricos Frederick Wisslow Taylor y Henry Fayol. Ambos enfoques teóricos no obstante el tiempo en el que fueron formulados aún constituyen fundamento a la doctrina moderna y su estudio se transforma en un imperativo en la actualidad, tanto para estudiantes como para docentes, en virtud de que sus fundamentos continúan siendo la columna vertebral de las empresas que se preocupan de darle al trabajo el aliciente de la ciencia.

1) Definición de la administración

Para definir la administración, Henry Fayol antes clasifica las actividades que se desarrollan en la organización, en técnicas que se refieren a la producción, transformación y fabricación; comerciales, enfatizando las compras, ventas y cambios; financieras que persiguen captación y gerencia de capitales; de seguridad, que promueven la protección o custodia de las personas y los bienes; de contabilidad, relacionadas con los inventarios, balances, costos y estadísticas; y finalmente las

propiamente administrativas, entre las que se enumeran la previsión, organización, dirección, coordinación y control.

Todas estas actividades se afirma, existen en empresas grandes y pequeñas, en general de todo tipo ya sean éstas simples o complejas, del ambiente público o privado.

Por otra parte considera que las actividades administrativas son en buena medida desconocidas y que comparándolas con las otras, necesitan mayor estudio.

La definición propuesta por Fayol, reúne las actividades administrativas que él mismo enumera con anterioridad, afirmando que “administrar es prever, organizar, dirigir, coordinar y controlar”.⁷²

2) Principios de la administración

Según Henry Fayol los principios que con mayor regularidad tuvo que aplicar en su experimentación científica, los cuales simplemente se describirán, sin puntualizar en cada uno de ellos, son:

- La división del trabajo
- La autoridad
- La disciplina

⁷² Fayol, Henry, *Administración industrial y general*, Pág. 135.

- La unidad de mando
- La unidad de dirección
- La subordinación del interés particular al interés general
- La remuneración del personal
- La centralización
- La jerarquía
- El orden
- La equidad
- La estabilidad del personal
- La iniciativa
- La unión del personal

3) Elementos de la administración

Los elementos de la Administración identifican a las funciones de la Administración, tal el caso de: la planificación, organización, dirección, coordinación y control. Según la teoría de Fayol, en tal sentido cada función administrativa, es objeto de estudio y desarrollo teórico permanente. Según Castillo González, “en ese afán algunas funciones han sido modificadas, tanto en su denominación como en su contenido. La planificación como hoy se conoce Fayol le llamó previsión; a la coordinación, algunos principian a llamarle integración”.⁷³ Los cambios y modificaciones surgidos no han evitado que la construcción teórica de Fayol haya sentado las bases de la totalidad de

⁷³ Castillo González, Ob. Cit., Pág. 26.

los estudios y trabajos de investigación realizados después, y por ello su legado, su proyecto de futuro y sus buenos resultados de hoy, le dan a Fayol el calificativo de padre de la teoría científica de la administración.

c. Enfoque del comportamiento humano

La conducta de los individuos constituye el fundamento de este criterio. La fundamentación de la administración está basada en el estudio del individuo. Esta posición cobró importancia especial en el momento en que fueron publicados los experimentos efectuados en Harvard Business School al final de la década de 1927 y principios de la de 1932, que finalizaron al comprobar que el trato que se dé a los trabajadores es importante para su eficiencia y su rendimiento, más que otras causas básicamente materiales, tal así: el incremento en el período de descanso, mayor o mejor iluminación o mejor paga por su trabajo. Estos experimentos dieron como resultado la necesidad de considerar al hombre como el factor humano de mayor relevancia en la administración, por encima de otros como la técnica o tecnología e introducir al estudio de la administración criterios psicológicos y sociológicos.

La corriente de la administración como comportamiento humano, reúne al grupo de teóricos que se involucran en lo que se denomina conductismo el cual toma en cuenta las relaciones interpersonales, el liderazgo, la motivación o el comportamiento de equipos de trabajo o de grupos.

Según Castillo González, Koontz y O'Donnell, exponen "que el comportamiento interpersonal se fundamenta en la idea de que administrar conlleva efectuar cosas, con y mediante individuos, por consiguiente el estudio de la administración se concretiza en las relaciones interpersonales; es decir, se centra en el estudio del ser humano y sus inquietudes como ser sociopsicológico".⁷⁴

Cada teórico entiende el uso de la psicología de distinta forma: Unos como parte indispensable de la actividad del administrador, otros como una mera relación humana que debe comprender y llevar a la práctica el administrador, o como forma para crear líderes o como fundamento para analizar la dinámica de grupos.

d. Enfoque sistemático

Según el Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena, sistema "es un conjunto de reglas o principios sobre una materia, enlazados entre sí, formando un cuerpo de doctrina o también es un conjunto ordenado de cosas que tienen relación entre sí y contribuyen a un fin".⁷⁵ Esta definición puede servir para configurar el concepto elemental de administración como sistema, al decir que ésta es un conjunto de principios y reglas sobre administración, relacionada entre sí, desde luego conformando la teoría de la administración. Lo significativo es que tomando como referencia este concepto elemental pueden llevarse a cabo análisis más completos, sin perder de vista que hay

⁷⁴ Castillo González, Ob. Cit., Pág. 27.

⁷⁵ Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena, Pág. 3959.

que estar conscientes de la idea de todo, en el sentido de que todo, compuesto de las partes que lo integran, represente un universo sistematizado, en el que nos encontramos dentro y éste en última instancia, es el único que puede y debe considerarse total. Dicho universo inevitablemente, se compone de sistemas y subsistemas, es decir, partes.

Dependiendo la forma en la cual se vea, la administración puede considerarse en forma indistinta sistema o subsistema. Lo dicho aquí no hay que olvidarlo, con el objeto de facilitar el análisis del tema.

e. Enfoque ético

Este punto de vista plantea que la administración, concebida desde la perspectiva de la razón, constituye un conjunto de normas y principios de carácter ético y moral, los cuales regulan la conducta de los administradores, tanto individual como socialmente. Los administradores tienen que basar su comportamiento y actitud empresarial en normas y principios éticos y morales, valores, experiencias o influencias que fundamenten las decisiones que sea necesario tomar por parte de todo administrador, gerente o cualquier persona que ejerza la conducción de una empresa o institución de las comunidades. En las organizaciones comunitarias y en todos los grupos de individuos, se cuenta con normas éticas o morales que dirigen la conducta de los que toman la responsabilidad de administrar.

f. Enfoque jurídico

La administración debe de existir bajo la legalidad. La administración debe vivir en la legalidad. En la actualidad la legalidad integra las normas y principios jurídicos que conforman el sistema legal establecido y significa también, toda una necesidad social y política, tanto así que se ha llegado a estimarla como la única fórmula real y razonable para regular las relaciones entre los seres humanos.

La legalidad requiere que todos los actos, actuaciones, hechos o decisiones se sometan a la ley. La palabra ley, en estos momentos se considera insustituible.

3.9. Administración del Estado

Se considera que la administración del Estado o administración pública, siempre representa un estudio complejo. Se recurre al origen etimológico para definirla: en tal sentido administración, se origina del latín *administratio*, cuyo significado es acción de administrar, y administrar se descompone en *ad* y *ministrare* que significa servir, por consiguiente la definición etimológica conlleva que la administración es la acción o actividad que busca servir. Acudir a las clasificaciones permite también iniciar su estudio, por tanto las clasificaciones más relevantes son la clásica y la académica; la clásica que divide la administración en pública y privada, en atención a sus diferencias por razones relativas a sus distintos ámbitos de aplicación, por ejemplo: mayor o menor

eficiencia o bien utilidades o ganancias etc.; esta clasificación ha perdido importancia al haber ganado terreno el nuevo pensamiento difundido de que la administración es una y es la misma, los que administran todos tienen un propósito común.

Sin importar lo antes dicho es posible acudir a la clasificación académica, según la cual existe la administración activa o ejecutiva, consultiva, de control, burocrática y colegiada.

a. Administración activa

Bastan dos palabras para definirla, decidir y ejecutar. El administrador, ejecutivo o gerente, inicialmente toma la decisión y luego realiza su ejecución, o la ejecuta el personal subordinado. De acuerdo a Manuel María Diez, “tanto la decisión como la ejecución equivalen a dos funciones igualmente importantes”.⁷⁶ Rafael Bielsa, considera “la existencia de una relación entre las funciones de decisión y la ejecución, con la validez y responsabilidad en el sentido de que el administrador al decidir, decide ejecutar un acto que él mismo considera con validez e inmediatamente después de ejecutarlo, lo hace su responsabilidad”.⁷⁷

Es oportuno mencionar que durante mucho tiempo y aún en la actualidad esta clase de administración se ha mantenido en su aplicación.

⁷⁶ Diez, Manuel María, El acto Administrativo, Pág. 251.

⁷⁷ Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Pág. 147.

b. Administración consultiva o de staff

Conforme Koontz, Harold y O'donell, Cyril, citados por Castillo González, "Es aquella que aconseja a los administradores o altos ejecutivos en cuanto a las decisiones o resoluciones que deben tomar en el ejercicio de sus cargos, funciones o atribuciones. Staff, significa función consultiva. La administración Staff la puede asumir una persona, ya sea ésta un asesor u órgano individual".⁷⁸ Esta administración realiza un trabajo intelectual especializado y por lo tanto requiere el manejo de conocimientos científicos y técnicos que dependen del área sometida a consulta, ya sea que se trate de auditoría, economía, derecho, administración, finanzas, etc.

c. Administración de control

Es la que controla la legalidad, así como la conveniencia de las actuaciones, decisiones o resoluciones de la administración activa o consultiva. Este control es realizado por diferentes entidades públicas y se manifiesta de diferentes formas. En la administración pública jerarquizada el control jerárquico es el principal, sin embargo no es el único, lo ejercen los superiores sobre los subordinados, supervisando en cierta medida su rendimiento y disciplina en la ejecución de su trabajo; funciona en dos vías de arriba hacia abajo, y de abajo hacia arriba; esta última vía surge cuando los superiores son cuestionados por los subordinados que no permiten deficiencias, errores o actitudes

⁷⁸ Castillo González, Ob. Cit., Pág. 34.

corruptas. En la administración autónoma o descentralizada, el control administrativo o control de tutela es el más importante y se manifiesta en la continua supervisión de las actuaciones de los funcionarios o directivas autónomas por parte de delegados del gobierno cuya función es verificar el respeto a la ley.

d. Administración burocrática

La administración burocrática está basada en el orden jerárquico, es decir en un orden establecido sobre la jerarquía existente entre superiores y subordinados, similar a la que existe en las instituciones armadas. Como resultado de la jerarquía, la administración se caracteriza principalmente por la voluntad del superior que prevalece sobre la voluntad de los subordinados o inferiores.

e. Administración colegiada

La administración colegiada se fundamenta en el orden colegiado, lo que equivale a un orden basado en la decisión de la mayoría de sus miembros. No hay jerarquía entre éstos, todos sus integrantes están situados en el mismo nivel, y como resultado la característica más significativa de esta forma de administración es la voluntad mayoritaria que predomina sobre la voluntad de la minoría.

3.10. Actividad administrativa

Calderón Morales, le llama actividad de gobierno y la define en sentido amplio como “la acción de conducir a la comunidad política a lo largo de sus fines esenciales, satisfaciendo sus exigencias. La actividad de gobierno es en suma, la acción de dirección, la impulsión, que parte del centro para la conducción de los asuntos conforme a la política que se fija”.⁷⁹ Esta actividad se refiere al Estado en su unidad, y precede a las funciones jurídicas estatales a quienes se dirigen de acuerdo a la política que se trace.

Según Castillo González, “en teoría se conocen dos clases de actividad administrativa; una formal y otra material; la primera mantiene identidad con la funciones que desarrollan tradicionalmente los organismos del Estado: legislativa, administrativa y jurisdiccional; la segunda está referida principalmente a la naturaleza de la misma actividad, la que a su vez puede ser interna, externa, reglada y discrecional”.⁸⁰

a. Actividad interna

Es la que se despliega dentro de la administración con fines de producir beneficios o utilidades, servicios o bienes, conforme el bien común.

⁷⁹ Calderón Morales, Hugo Haroldo, Derecho administrativo I, Pág. 25.

⁸⁰ Castillo González, Ob. Cit., Pág. 37.

b. Actividad externa

A criterio de Diez, "ésta tiene por objeto vincular el Estado con los particulares."⁸¹

c. Actividad reglada

Es aquella cuando un precepto jurídico predetermina las facultades y atribuciones del órgano administrativo, estableciendo límites al actuar y proceder de los funcionarios, o de la propia administración. Una norma jurídica debe existir en la práctica, con el objeto de menguar la libertad de los funcionarios o empleados públicos, en virtud de que de no existir, ambos servidores públicos actuarán con toda libertad y con entera discrecionalidad.

Se cree entonces que el sometimiento de la conducta a la norma, hace que los funcionarios se desenvuelvan dentro de un Estado de Derecho, que evita la parcialidad.

d. Actividad discrecional

Es la que surge cuando no obstante de existir una norma jurídica, ésta no establece con precisión el momento, contenido y forma de la actividad administrativa y resulta

⁸¹ Diez, Ob. Cit., Pág. 54

permitiendo libertad al funcionario para optar su actuación, cursos de acción, estrategias o comportamientos a seguir. Esta situación es igual a inexistencia de precepto jurídico.

Adolfo Merkl en el ocaso del primer cuarto del siglo XX, en su Teoría General del Derecho Administrativo, se refirió a la necesidad de que toda la actividad de la administración del Estado tuviera su fundamento en la ley y esta tarea fuera para establecer y darle solidez al Estado de Derecho; desde esa época fue aceptado universalmente que la actividad de la administración estaría regulada por la ley y se basaría en el principio de legalidad. El principio de legalidad utilizado en el campo de la administración pública se enuncia afirmando “que toda actividad administrativa debe someterse a la ley”.⁸²

Por un tiempo se pensó que el principio de legalidad sería suficiente para resolver el problema de la discrecionalidad en la administración pública, sin embargo, se estableció que en ausencia de norma se caía nuevamente en ésta y para ello la doctrina italiana creó el principio de juridicidad, el cual se enuncia así: toda actividad administrativa debe someterse a normas o principios del orden jurídico establecido. Como resultado las autoridades no pueden actuar discrecionalmente. No obstante, por algunos intereses espurios se tiende a ignorar la aplicación de este último principio, en detrimento de la consolidación de un Estado Democrático de pleno Derecho, creándose con esa resistencia escenarios permisibles de actos de corrupción.

⁸² Castillo González, Ob. Cit., Pág. 38.

Para Manuel María Diez, “Derecho administrativo es el complejo de principios y normas de derecho Público interno que regulan la organización, la actividad de la administración pública y su control”.⁸³ El autor presenta una definición muy completa al dar el pensamiento más cercano y acertado de lo que representa y además el significado del Derecho administrativo, conteniendo la misma los elementos de mayor relevancia de esta disciplina jurídica.

Los distintivos propios de la disciplina jurídica administrativa, que le caracterizan como otra rama fundamental del Derecho, es decir, como Derecho administrativo, han sido descritos por varios autores; sin embargo en esta investigación solo se hará referencia en forma resumida a las características más significativas que enumera y describe en su curso de derecho administrativo, el Profesor Gustavo Penagos, así:

- “El Derecho Administrativo se caracteriza por ser reciente.
- El Derecho Administrativo no se ha codificado.
- El Derecho administrativo es un Derecho subordinado.
- El Derecho Administrativo es autónomo.
- El Derecho Administrativo cambia constantemente.”⁸⁴

Una característica digna de comentario es la de su falta de codificación, en el sentido de que cada día se hace materialmente imposible por la hiperinflación en las leyes.

⁸³ Diez, Manuel María, Derecho administrativo, Pág. 235.

⁸⁴ Penagos, Gustavo, Curso de derecho administrativo, Pág. 103.



3.11. Personas al servicio del Estado

Por existir discrepancia doctrinaria y legislativa en el ámbito nacional e internacional, así como en el propio derecho administrativo acerca de cómo debe llamársele o denominársele a aquellas personas que se desempeñan en el Estado, o más específicamente en la administración pública, se va a desarrollar por separado cada una de las referidas calificaciones.

a. Servidor público

Se denomina servidor público a la persona individual o física que ocupa un puesto en la administración pública en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo establecido legalmente, por medio del cual queda obligado a prestar sus servicios o a ejecutar una obra personalmente a cambio de una remuneración o ad honorem, bajo dependencia continua y dirección inmediata de la administración pública.

Se consideran igualmente servidores públicos a los trabajadores que están al servicio del Estado o sus entidades, y cuya remuneración provenga del presupuesto general de ingresos y egresos de la nación, nombrados conforme acuerdo formal. Se critica el empleo del término servidor, por confundirse con sus acepciones sirviente, criado y servidumbre, no estando además de acuerdo con la doctrina laboral. No obstante la Ley de Servicio Civil y su reglamentación emplean el término servidor público, por lo que su

uso es legalmente reconocido, fundado en la idea de que las personas que trabajan en el Estado son las encargadas de llevar de una u otra forma la prestación del servicio público a la población, que es una de las realizaciones del bien común y obligación de la administración.

b. Clases de servidores públicos

Corrientemente se conocen dos categorías a saber: funcionarios públicos y empleados públicos:

1) Funcionario público

De acuerdo con el Artículo 1 inciso 2 de las disposiciones generales del Código Penal: "Es funcionario quien por disposición de la Ley, por elección popular o legítimo nombramiento, ejerce cargo o mando, jurisdicción, o representación de carácter oficial, porque es el que expresa la voluntad del Estado y por consiguiente ejerce la función pública y lo representa." Se denomina funcionario a la persona que tiene un puesto superior en la administración del Estado, por elección o nombramiento. Se suman aquellas personas que por contrato o cualquier otro vínculo prestan sus servicios al Estado, sus organismos, los municipios, sus empresas y entidades descentralizadas y autónomas. Igualmente tienen la calidad de funcionarios los que integran juntas directivas, gerentes,

directores, administradores, así como rector de la universidad estatal, decanos de las facultades de la casa de estudios, y demás personas relacionadas con la recaudación, custodia, administración, manejo o inversión de fondos y valores de las asociaciones, fundaciones y otras entidades o personas jurídicas que reciban aportes o subvenciones del Estado, de sus instituciones, del municipio o que efectúan colectas públicas, de acuerdo a lo que regula la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos.

Los funcionarios tienen la obligación de realizar su actuación con estricto apego a la ley guatemalteca, en lo relacionado con sus facultades, funciones y atribuciones. Asimismo quedan sujetos a responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal, por las infracciones, omisiones, acciones, decisiones y resoluciones que cometan en el ejercicio de su cargo.

2) Empleado público

Es servidor público quien ejecuta o realiza lo que se le manda; es el agente que presta servicios en forma permanente y exclusiva, mediante una remuneración, estando jerárquicamente dirigido por el funcionario. Empleado público es el que sin poseer facultades que le permitan legalmente propia determinación efectúa o ejecuta lo que le es mandado o realiza labores de guardián del orden público o agente.

Son llamados en forma similar burócratas, empleados o trabajadores públicos a todas aquellas personas individuales que ejecutan actividades bajo supervisión. Una corriente moderna, tanto a los que ocupan cargos superiores de dirección como a los que se desempeñan en calidad de subordinados ha dado en llamarles a todos funcionarios, y para distinguirlos en relación a la importancia de las funciones que tienen asignadas los clasifica en funcionarios superiores, funcionarios intermedios y funcionarios menores. A todos se les ha de llamado también servidores públicos y como resultado de ello, al conjunto de personas que laboran en el Estado, incluyendo las funciones que realizan en la administración pública se denomina Servicio Civil. Finalmente se dirá que hay autores que le "atribuyen a cualquier persona que se relaciona laboralmente con el Estado, y desempeña una función pública a cambio de una remuneración o con carácter ad honorem la categoría de trabajador de Estado".⁸⁵

⁸⁵ Alcalá Zamora y Castillo, Luis Cabanellas de Torres, Tratado de política laboral y social, Pág. 35.

CAPÍTULO IV

4. Conflicto de intereses en el sector público en materia de probidad

La expresión conflicto de intereses es usada comúnmente como punto de partida de controversias o discrepancias que surgen entre personas individuales y colectivas, comunidades, instituciones estatales y privadas y aún entre Estados. Cuando estas diferencias alcanzan dimensiones mayores por la exigencia de derechos o cumplimiento de obligaciones, generalmente penetran en el mundo del derecho para que éste en todo su esplendor tome su rol, pues precisamente su función esencial es la de resolver conflictos de intereses a través de la tutela judicial.

Con lo apuntado antes, se aprovecha este momento para aclarar que el tema básico de este trabajo, representado por lo que son los conflictos de intereses en el sector público, en nada se relacionan con los del párrafo anterior, en virtud de que estos últimos están referidos a una disyuntiva hipotética individual del funcionario administrativo que de momento se encuentra con dos opciones al ejercer su cargo: tomar la decisión administrativa dentro de la ética y la justicia, o hacerlo favoreciendo sus propios intereses, faltando con su actitud al deber en cuanto tal está obligado. Algunos consideran que este tipo de conflicto es interno y unilateral, y apela a la conciencia del individuo, distinto de los que el derecho resuelve comúnmente que evidencian características de bilateralidad.

4.1. Reflexiones previas sobre la moral de los funcionarios

Para el desarrollo de este título es imprescindible formular un cuestionamiento básico: ¿Qué tanta virtud e integridad ética debe ser exigible por parte del Estado a los funcionarios públicos? Sí vemos en ese sentido la necesidad de rechazar la respuesta que induce al perfeccionismo. Un Estado se considera perfeccionista en el momento en que impositivamente trata de generar en sus ciudadanos pautas de moral yendo demasiado lejos, es decir, fuera de los límites en que el ejercicio del poder sea legítimo.

La aspiración constitucional está basada en tener un gobierno limitado. El sentido del gobierno limitado se percibe en más de una forma. El que debe interesar es el límite que tiene que ver con la conciencia individual: No es misión de un gobierno democrático moldear conciencias para que lleguen a ser moralmente puras en atención a alguna doctrina de preferencia por los que ejercen el poder. La respuesta se da enseguida.

a. Abstención de la perfección moral

El Estado debe limitarse tener como objetivo perfeccionar moralmente a los ciudadanos. La relación con la vida de la población que es un propósito inherente al Estado, siempre está orientada por fines de coexistencia como el de velar por el respeto de los derechos humanos o el realizar la ejecución de preferencias colectivas surgidas del ejercicio democrático. Contamos pues, con un campo específico donde inculcar

valores morales, puede no concebirse solamente aceptable, sino también estar demandada. El ejemplo es el de la difusión de algunas pautas morales que inciden de manera específica que superan el ámbito personal, y aún por afuera del espacio que abarca una ética intersubjetiva en sentido amplio. Este es el espacio específico que tiene como límite los requerimientos de la vida en común del orden de la vida pública ciudadana.

b. Imposición moral

Un Estado de democracia requiere dejar a un lado prácticas impositivas que incluyan pautas de moral personal, como aquellas que inducen a pertenecer a determinada religión, o interpersonal en sentido general como el deber de ser buenos amigos en general, no obstante si puede favorecer la promoción de actitudes éticas en el terreno intersubjetivo cuando éstas tengan consenso en el foro público. De esa forma, es factible con legitimidad pretender que el accionar del ciudadano se apegue a las pautas éticas. Este pensamiento de moral ciudadana puede ser de utilidad para no caer en el error de exigir a los funcionarios exteriorizar una mejor categoría moral, diferente al resto de la ciudadanía. No debe existir tal exigencia, en virtud de que el funcionario moralmente idóneo, equivale a ser el mismo ciudadano idóneo colocado en el rol de la administración. Esta última idea resulta básica, porque orienta a no exigir una capacitación moral específica para el aspirante a la función pública. La misma calidad moral como requerimiento de la función pública, es la que el Estado de Derecho le exige a cualquier ciudadano.

Las expectativas emanadas de una moralidad ciudadana, no perfeccionista, surgen de aceptar un fenómeno muy elemental en las relaciones humanas, que se tratará a continuación.

c. Motivación de intereses ciudadanos

Dentro de todo hombre o mujer conviven dos motivaciones. Por un lado una motivación personal, a través de la cual centralizamos la atención en nuestras metas, intereses y anhelos. Esta motivación, es la que nos induce a priorizar lo de nuestras familias y amigos frente a otras personas. Pero a la par de esta motivación coexiste un enfoque más impersonal, es el que nos permite valorar que no es válido que nuestras metas e intereses se consideren de manera objetiva, como más importantes que los de los demás. Si desde la perspectiva inicial nos justificamos en darle privilegio a nuestros intereses y los de los seres que amamos, la otra perspectiva nos lleva a reconocer, de una forma objetiva impersonal, que aún en situaciones muy apremiantes, nuestros intereses o los de nuestra familia tienen que ceder ante los intereses de otros.

Todo accionar encaminado a tratar de asfixiar cualquiera de las dos perspectivas, la personal o parcial, o la impersonal o imparcial que conviven en cada uno de nosotros en mayor o menor grado, está destinado al fracaso, porque el ser humano por ser racional, siempre está valorando su conducta y analizando la conveniencia de su actuar intersubjetivo.

d. Importancia de la perspectiva impersonal

No obstante todo lo apuntado, razones de justicia y corrección moral nos comprometen a reconocer algún peso de la perspectiva impersonal. La moral ciudadana es la que surge de adoptar en mayor o menor nivel esta perspectiva. Si la moral ciudadana exigiese que la perspectiva impersonal orientara la totalidad de nuestro accionar, entonces el resultado sería el de una exigencia irrealista y utópica. Si contrariamente, la ética ciudadana admitiera la hegemonía de la perspectiva opuesta, es decir, la personal y parcial, entonces el peligro sería el de consolidar una visión de constante lucha social, en la que no habría respeto por las normas, excepto el que se diera motivado por el egoísmo, lo que llevaría a una profunda conflictividad que desembocaría en el colapso del orden social, que se relaciona con los intereses de las personas.

e. La moral exigida al ciudadano

La moral democrática demanda que los ciudadanos se conduzcan en el quehacer público, con una mínima medida de imparcialidad y ecuanimidad. Lo que hay que tomar en cuenta es que el grado de exigencia es igual para el ciudadano común que para el funcionario. De la misma forma que al ciudadano de a pie se le exige que considere las necesidades de otros, al desenvolverse en el ámbito público de las variadas maneras que lo hacen cotidianamente, se le debe exigir también, si llega a cubrir el rol de funcionario, que tome como suya una perspectiva imparcial para cuando le toque

afectar en alguna medida los intereses y pretensiones de otros. El primer deber del ciudadano se da en el plano deliberativo, y el respaldo de su cumplimiento no es a través de sanciones. El segundo deber se da tomando concretamente decisiones y sí lo respaldan sanciones, debido a los mayores riesgos que conlleva el hecho de ejercer la función pública.

f. Conclusión

De esa manera las cosas, responder a la pregunta, ¿qué tan exigentes deben ser los deberes morales de un funcionario? Significa expresar: Tan exigentes como lo serían para cualquier ciudadano. Esto equivale a decir, que no existe una moral especial para la función pública, sino circunstancias de hecho distintivas que demandan ciertos comportamientos específicos. Por lo tanto, cualquier ciudadano con un mínimo de integridad puede optar a la función pública, y en ese contexto actuar con imparcialidad para evitar violentar el principio de independencia de la administración pública, que debe prevalecer en la toma de decisiones para satisfacer la imperatividad que ostenta el bien común.

4.2. Principio de igualdad de trato

El derecho comparado permite citar el contenido del Artículo 25 del Código de Ética de Argentina, que refiere bajo el epígrafe igualdad de trato, lo relativo a este importante

principio, en el cual se prescribe que los funcionarios no deben realizar actos discriminatorios en su relación con el público o con los demás agentes de la administración. Quedan obligados a otorgar a todas las personas igualdad de trato en igualdad de condiciones. Es menester entender que hay igualdad de condiciones donde no median diferencias que en atención a las normas vigentes, es necesario considerarse porque establecen una prelación. Este principio también es aplicable en las relaciones de los funcionarios con sus respectivos subordinados.

a. Principio igualitario y su relación con la ética

Ronald Dworkin, considera que el principio igualitario “es la virtud soberana de las democracias constitucionales.”⁸⁶ La pregunta es: ¿Cuál es su relación con la ética pública? Una corriente bien difundida pero abstracta del ideal de igualdad es la que sustenta que el Estado está obligado a tratar con igual respeto y consideración a todos los individuos de la sociedad. Es esta una visión muy abstracta porque tiene compatibilidad con varias nociones de qué significa esa igualdad de respeto y consideración. Por ello, algunos piensan que la igualdad que es un derecho de todos, significa igualdad de recursos, o de capacidades básicas, o de bienestar, o de oportunidades; existe consenso que el Estado no puede preocuparse por el interés de algunos ciudadanos más que por el de otros. Esto, desde luego excluye a todas aquellas oportunidades que algunos tienen por existir con anterioridad y por ciertas circunstancias específicas un derecho de prelación legal.

⁸⁶ Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional No. 3, julio-diciembre 2000, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/CuestionesConstitucionales/numero/3/rb/rb13.htm> (26-5-2015)

Por otro lado, la función pública es uno de los asideros mayores de desigualdad, y esto surge cuando por deficiencia en los controles se producen desvíos o abusos de poder, o cuando por cualquier otro medio los funcionarios adquieren en forma indebida beneficios particulares.

Quienes ejercen la función pública están obligados muy firmemente a proceder con igualdad. Deben considerar con igualdad a todos los intereses particulares afectados potencial o actualmente por sus actos públicos, y esto no excluye sus propios intereses particulares. Aquí es donde se origina la naturaleza imprescindible de los controles y reglas objetivas, por la inobjetable inclinación que todos poseemos de proteger como prioridad nuestros intereses. Así, las pautas de comportamiento ético tienen como destino servir a un propósito esencialmente igualitario, en virtud de que apuntan a controlar el riesgo siempre presente de que el ejercicio del poder se dé en forma discriminatoria, y de que esa manera de actuar favorezca a los que lo ejercen, y que por el contrario las decisiones de las autoridades de turno contribuyan de una manera objetiva a facilitar la realización del bienestar social y más específicamente al logro del bien común como postulado principal de la Constitución Política de la República.

4.3. Proliferación de principios e imprecisiones del lenguaje

El idioma español se ha caracterizado por ser muy florido y excesivamente abundante, en cuanto a su número de palabras, vocablos y acepciones, lo que hace que su



gramática cuenta de igual manera con una excesiva sinonimia. Esta virtud del idioma español genera dificultad cuando se escribe, se habla o se interpreta de súbito, y esto principalmente da mayor problema cuando se refiere a normativas legales y éticas que se plasman en los respectivos códigos que contienen inducciones de principios jurídicos y valores humanos. Conociendo de antemano que puede existir una mala técnica interpretativa que nos conduzca a legislar inadecuadamente, se ha ideado desarrollar a continuación algunas sugerencias técnicas con ejemplos del derecho comparado de cómo utilizar bien el significado de los vocablos, para evitar ser marcadamente reincidentes con una abundancia reiterativa de palabras cuando especialmente sea necesario regular valores o pautas éticas.

a. Abundancia de principios

El defecto en este campo lo constituye la abundancia de principios. Los que regulan las pautas éticas de comportamiento se ven limitados por dos motivos. Primero, por el problema que conlleva en sí mismo distinguir principios éticos que presentan una conexión estrecha; segundo, así como precisar los límites entre ellos. Para ejemplificar: conviene establecer cuál es la línea que divide la honestidad de la probidad, o entre probidad y austeridad, o entre honradez y rectitud, y se determina que son vocablos muy difíciles de delimitar, y por lo tanto como técnica legislativa deben utilizarse en forma muy restrictiva por generar confusión. Para mejor ilustración distingamos los principios de probidad, honestidad, rectitud, buena fe y austeridad. Por consiguiente, al definir el principio de probidad se establece que se refiere a actuar con rectitud y

honestidad, para exteriorizar una conducta honesta. Como se puede ver lo que en un código de ética o en la misma ley pueden ser tres principios que se distinguen, tienen una relación bien diferente; donde dos de esos conceptos están tratados como especies de un género que los contiene, es decir, la probidad.

Como ejemplo de los problemas que surgen de la inflación de principios y pautas morales, se parafrasea lo que Marcelo Alegre refiere en relación al caso de los principios de Justicia y Equidad de la manera que se exponen muchas veces en los códigos de ética: Inicialmente plantea "que la justicia es un principio o pauta general que induce a dar a cada uno lo suyo. Es una pauta muy indeterminada, porque en casi todos los casos relacionados con la justicia, el requerimiento es saber, precisamente, qué es lo que le corresponde a cada uno. Pero se ve después que ese principio induce a algo de mucha significación, pues se encuentra el problema del límite fijado por el principio particular, el principio de equidad, que establece que la utilización de criterios para adecuar la solución legal a un resultado de mayor justicia nunca debe ejecutarse en contra de los fines perseguidos por las leyes".⁸⁷ El hecho de combinar ambos principios no sugiere que vaya a ilustrar al funcionario que mantiene la duda de la correcta interpretación de la norma. Así una pauta dudosa, dar a cada uno lo suyo, se ve limitada por una pauta oscura que refiere, los fines perseguidos por las leyes.

De lo anterior se infiere, que cuando se pretenda regular pautas de comportamiento ético en la actividad administrativa, es adecuado hacerlo con parquedad.

⁸⁷ Alegre, Marcelo, Informe final "regulación de pautas de comportamiento ético y conflictos de intereses en la Argentina", Ob. Cit., Pág. 15.

b. Lenguaje normativo impreciso

Un ejemplo de las imprecisiones en el empleo del lenguaje normativo proviene de la interpretación de los principios de idoneidad y aptitud. Se debe entender por idoneidad a la aptitud técnica, legal y moral. Por aptitud, se entiende un deber distinto, que se refiere a confirmar debidamente la idoneidad de aquellos a quienes se disponga a designar. La sustancia de lo que prescriben ambas es correcto, pero la variedad de títulos para describir esos deberes conduce a esas imprecisiones.

c. Sinonimia de principios

Otra dificultad aún más grave ocurre, cuando las combinaciones entre principios éticos se multiplican de muchas maneras con el mismo resultado. Otro ejemplo que ilumina: Se puede afirmar que ser honestos equivale a tener una actuación de buena fe y con responsabilidad, y que actuar de buena fe significa ser honestos y responsables, y que ser responsable es actuar de buena fe y con honestidad, etc. Al poseer estos conceptos una estructura tan abierta, todas las combinaciones mencionadas son aceptables y razonables, sin embargo el costo que se paga en claridad legislativa es muy alto.

En este sentido, cabe hacer hincapié en la necesidad que para realizar una mejor técnica legislativa, se tenga un mejor conocimiento y dominio de la gramática, para no caer en redundancias y falta de claridad en la formulación de pautas éticas.

d. Illegitimidad para moldear virtudes

Igualmente existe un segundo motivo por el que debe evitarse la proliferación de principios éticos, y es el que se justifica en los límites de la legitimidad del Estado en un sistema democrático. Tal como los mismos se formulan revelan estándares de comportamiento a manera de disposiciones, actitudes o inclinaciones. Lo que se demanda es que el agente haga suyas en su fuero interno ciertas actitudes específicas, como honestidad, corrección, etc. Ello equivale a dejar establecidas una lista de virtudes. Y, como existe un principio republicano que se opone al perfeccionismo, y se fundamenta especialmente en reducir la injerencia para modelar virtudes, lo que significa que únicamente un reducido número de virtudes pueden ser inculcadas y exigidas por parte del Estado, y que ninguna persona podría rechazar razonablemente.

e. ¿Qué tanta virtud debe exigir el Estado?

Lo anterior lleva a la formulación de una pregunta: ¿Cuál es el deber de virtud ciudadana que el Estado debe exigir en una regulación de ética pública? En forma apropiada, un deber de transparencia o de honestidad, equivalente a la disposición de no aprovecharse de ventajas indebidas al ejercer la función pública, únicamente claro está, lo que exige la honestidad en cada uno de los diversos casos a considerar son conductas diferentes, pero esta particularización debe llevarse a cabo a nivel de las reglas específicas, no de los principios generales. Tomar en cuenta principios como rectitud, buena fe, probidad y austeridad republicana resultan redundantes, debido a



que están todos incluidos en cualquier concepción de sentido común acerca de lo que requiere el principio o mejor dicho, la virtud de la honestidad.

De no ser así, se corre el riesgo que un Estado democrático debe evitar, que es el riesgo que consiste en el extremismo moral. El funcionario que se siente requerido por el Estado a evidenciar una conducta honesta, no puede cuestionar que se está sometiendo su conciencia individual. Sin embargo, en el momento que se le exige que distinga como valores diferenciados, la probidad, rectitud, buena fe, austeridad, etc. sí tiene derecho a resistirse, porque se moraliza excesivamente el requerimiento que le dirige el Estado. El que debería limitarse a lo siguiente: Usted, como ciudadano en el ejercicio de la función pública, tiene el deber de conducirse con honestidad, por consiguiente debe estar atento al cumplimiento de reglas específicas orientadas a evitar oportunidades de actuar con deshonestidad. Un dicho popular refiere que el único requisito que se debiera exigir para ser presidente, es ser honrado.

4.4. Circunstancias que facilitan los conflictos de intereses

Empleando nuevamente el derecho comparado, citaremos la parte del informe final sobre regulación de pautas de comportamiento ético y conflictos de intereses en la Argentina, elaborado para ser discutido en los talleres realizados por la Oficina Anticorrupción de ese país en diciembre de 2001, que está referido al análisis de los principios y normas que regulan el conflicto de intereses, en el cual citando a Terry L. Cooper, establece que hay diferentes planteamientos de este problema así: "Desde una

orientación weberiana, es conveniente hacer hincapié, en la conveniencia de conformar un aparato estatal integrado por individuos que se abstengan de toda estimación ajena a las reglas que se les imponen".⁸⁸ El sentido es una burocracia que cumple con las reglas sin someterlas a un escrutinio acerca de su adecuación con fines y objetivos sustantivos.

Existe otra amenaza, sin tomar en cuenta también las corrientes políticas e ideológicas del funcionario, para el adecuado cumplimiento de este rol: es la amenaza que consiste en los intereses particulares del funcionario. Estos pueden significar otra fuente de apartamiento en el ejercicio de su rol.

a. La oportunidad en los conflictos de intereses

Los conflictos de intereses están directamente conectados a la idea de igualdad democrática. Este deber de actuar con igualdad se viola cuando el gobierno contrata con alguien que tiene un acceso privilegiado a canales de información o de decisión del propio Estado. Esta se cree es la clave del problema del conflicto de intereses en esa clase de situaciones en el sector público. Se ve comprometida la igualdad de oportunidades porque una de las partes accede a una ventaja que a otros les está vedada. Esta ventaja debe interpretarse en términos de oportunidad, o sea no se requiere que se aproveche esa ventaja u oportunidad.

⁸⁸ Alegre, Marcelo, Ob. Cit., Pág. 17.

b. Caso típico de conflictos de intereses

En el típico caso, el funcionario que al mismo tiempo es proveedor, tiene una ventaja sobre el resto, aunque no la use. Él tiene acceso a información que otros no la tienen, él sabe cuál es el precio más alto que el gobierno está dispuesto a pagar, cuánto han ofrecido otros, cómo se valora la calidad del producto o servicio, etc. Supuestamente también es factible que ese funcionario actúe de buena fe, que no pretenda inflar los precios, y hasta que en realidad no le resulte un buen negocio como proveedor. El conflicto de intereses se produce de todas maneras, porque la desigualdad se configura con la mera oportunidad de obtener una ventaja indebida.

4.5. ¿Constituye una vanidad jurídica regular los conflictos de intereses?

Hay quienes se oponen a la regulación de los conflictos de intereses. La defensa de su argumento se centra en motivos que se relacionan con la eficiencia en la labor pública. Esos motivos pueden considerarse medianamente razonables, ya que puede surgir la posibilidad de que en específicas actividades del gobierno haya escasez de expertos y que solo pueda darse su reclutamiento dentro de las empresas más importantes. Una normativa muy rigurosa operaría también como mecanismo de desmotivación para los funcionarios, que se sentirían abatidos de prohibiciones y argucias de aparentes irregularidades que los inducirían al desistimiento. A través del análisis en el punto siguiente se dará respuesta de si existe vanidad en la regulación de los conflictos.



a. Regulación de conflictos de intereses sin perder eficiencia

El problema es: ¿Cómo lograr conciliar la eficiencia con la regulación de los conflictos de intereses? Es necesario empezar a fijar la importancia de la conciliación. La anomia, es decir, la tendencia a no cumplir las reglas, es un escollo tan dañino y generalizado que dificulta deslindar los intereses públicos y privados, y que la protección de los primeros frente a los segundos produzca, por sí misma, efectos de ineficiencia. Si no existen garantías que protejan a la ciudadanía de las decisiones imparciales que favorecen intereses particulares, tomados desde luego por quienes saben y conocen acerca de un área determinada de gobierno, tampoco existe motivación para estimar que colocar a ese funcionario en la administración será la posibilidad que genere mayor eficiencia.

Para tomar una línea de acción en la resolución de este problema, resulta de utilidad parafrasear el ejemplo plasmado en el Informe Final denominado: Regulación de Pautas de Comportamiento Ético y Conflictos de Intereses en la Argentina, en el que con el auxilio de la filosofía moral lo relacionan de manera didáctica con los criterios sostenidos por la corriente monista como pluralista. En ese sentido, se dirá que los monistas aceptan la posibilidad de que los valores cuya existencia afirman pueden ser armonizados. Por su parte los pluralistas consideran que los valores fundamentales son en última instancia, irreducibles. Acusan a los monistas de ingenuos, al no resignarse a perder algo de libertad en aras de la igualdad o viceversa: lo quieren todo a la vez. Los monistas imputan a los pluralistas, el ser haraganes: a cambio de tener reflexiones

profundas con relación a buscar la mejor manera de servir al mismo tiempo los valores que parecen ser irreconciliables, se apresuran a lanzar una moneda al aire para resolver el conflicto. ¿Cómo resolvería un pluralista la discrepancia entre valores que protege la regulación del conflicto de intereses y el valor de la eficiencia en el ejercicio de la función pública? Quizá dejarían un amplio ámbito para la discreción del funcionario, bajo el argumento de que cualquiera que sea la decisión que se tome, habrá una pérdida de valores políticos o de justicia.

¿Cómo lo haría un monista? Se estima que no admitiría que existe conflicto entre las exigencias de la honestidad y la de la eficiencia en la gestión pública. Por consiguiente sustentará la postura de que siempre es posible recurrir a un punto de acción que sea eficiente y a la vez que evite el conflicto de intereses. Por el motivo de que el compromiso de este trabajo está orientado a no descartar la eficiencia de quienes gobiernan y en forma simultánea no permitir que los intereses particulares socaven la defensa de los públicos, que equivale a sumar la noción de imparcialidad dentro del contenido de la eficiencia, creemos oportuno también tomar el pensamiento monista a cambio de la pluralista. Se responde por tanto a la duda inicial: que la normativa de los conflictos de intereses no son una vanidad, por el contrario constituyen un imperativo social, y porque el buen gobierno necesita que una persona que ejerce una función pública, o que un funcionario no se vea limitado de cierta competencia o instancia particular de ella, deben estar contempladas dentro de la misma regulación de los conflictos de intereses. Es indispensable la introducción de formas de exención y de

permisos especiales, los que deben tener a la par, salvaguardas específicos para evitar que el conflicto se materialice.

4.6. Definición y elementos de los conflictos de intereses

Se cita la definición de Marcelo Alegre, propuesta en forma preliminar en el informe final mencionado en este capítulo y que fue patrocinado por la Oficina Anticorrupción de Argentina, antes de discutir diversos elementos que integran o se entiende deben integrar el trabajo definitivo de la situación que presentan los conflictos de intereses, la que infiere que: “Hay conflicto de intereses en aquella situación en que existe la oportunidad de que un interés particular imputado a un funcionario colisione con el adecuado ejercicio de sus funciones”.⁸⁹

La anterior definición se aparta de otras en varios sentidos, según McGuire, hay conflicto de intereses cuando “un subsistema intenta deliberadamente realizar su propio interés o los de un sistema ajeno en detrimento del sistema mayor del que forma parte”.⁹⁰ Además de la imprecisión que representa la referencia a los sistemas y subsistemas (imprecisión aceptada por el autor) su definición alude a intentos deliberados, con lo que se subjetiviza el conflicto de intereses. Opuestamente la primera definición prescinde de las intenciones del sujeto: puede existir una situación de

⁸⁹ Ibid, Pág. 20

⁹⁰ McGuire, Joseph, Conflict of interest: whose interest? and what conflict?, Pág. 216.

conflicto de intereses aún cuando no existe el menor intento de apartarse del cumplimiento adecuado del rol público.

García Mexía, citado por Soto Solís, define los conflictos de intereses como “Aquella situación en que por acción u omisión, incurre un cargo o funcionario público, que estando en cuanto tal vinculado por un deber de servicio al interés general, asume el riesgo de abusar de su poder, subordinando dicho interés general a su interés particular en forma de ánimo de lucro pecuniario o en especie”.⁹¹ El hecho de asumir riesgo de abuso de poder también parece exigir demasiados elementos para configurar una situación de conflicto de intereses. En efecto, habrá conflicto de intereses aún en esos casos en que no exista ningún riesgo de abuso de poder; ejemplo: porque estamos ante un funcionario que proviene del cielo y encarna la honestidad. Una regulación adecuada de los conflictos de intereses se hará sentir aún en esa situación. Además no es necesario que exista ánimo de lucro para que se dé la situación de los conflictos de intereses.

Un informe preparado para el Instituto de Administración Pública de Canadá, Kenneth Kernaghan incluye esta definición: El conflicto de intereses “es una situación en la que un empleado público tiene un interés privado o personal suficiente para influir o aparentar influir sobre el ejercicio objetivo de sus deberes oficiales”.⁹² A esta definición

⁹¹ César A. Soto Solís, Guía para la detección de conflictos de intereses en el ejercicio de la función pública, Asesoría Jurídica de la Dirección General de Servicio Civil de Costa Rica, 12 noviembre de 2012, <http://www.dgsc.go.cr/dgsc/indiceGestión/IGI%202014/3%20CONTROL%20INTERNO%20INSTITUCIONAL%202014/Item%203.2/INVEST-GUIA-DETECCION-CONFLICTOS.PDF>. (22-5-2015)

⁹² Alegre, Marcelo, Ob. Cit., Pág. 21.

debería agregársele que los intereses son imputados al empleado público, y no meramente a sus intereses personales o particulares. Además, por otra parte la idea de apariencia, la cual se torna bastante común en las discusiones sobre este problema, tiene dificultades que justifican que se prescinda de ella como podrá apreciarse después.

En Argentina en cuanto al problema de los conflictos de intereses se prescribe que: “a fin de preservar la independencia de criterio y el principio de equidad, el funcionario público no puede mantener relaciones ni aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de sus deberes y funciones a su cargo”.⁹³ A esta definición se le cuestiona el hecho de que no siempre la independencia de criterio se ve amenazada en el conflicto de intereses, pues pueden concurrir todos los elementos que integran el mismo, sin que aquella se vea afectada. Por otro lado la referencia a la equidad permite cierta confusión, si recordamos que este principio en su aplicación tiene límites establecidos que no permiten invocarlo en casos que se apartan de los fines perseguidos por las leyes. Aquí también el funcionario puede estar inmerso en una situación de conflicto de intereses sin que tenga necesariamente que estar involucrada la equidad. Finalmente se cree que podría ser ampliada esta definición incluyéndole intereses imputados al funcionario, es decir, intereses de familiares directos, amigos o terceras personas.

⁹³ Código de ética de la función pública, Artículo 41.

Resulta de importancia insistir en la naturaleza preventiva de la regulación de los conflictos de intereses, ajena al Derecho Penal. En ese mismo sentido debe interpretarse la definición planteada en el informe.

4.7. Elementos particulares en la regulación de los conflictos de intereses

Dentro de los elementos particulares en la estructuración de una regulación de los conflictos de intereses, se hace indispensable definir claramente las clases de intereses del sujeto que obtiene el beneficio, qué tipo de interés está en juego y las situaciones de una inminente decisión de buscar provecho y la simple apariencia.

a. Interés propio o ajeno

Si se incluyen dentro de los intereses del funcionario los de otras personas, es conveniente diferenciar el ámbito de esos intereses imputados. Pueden ser estos de terceras personas imputables al funcionario:

- 1) Personas jurídicas dirigidas o integradas por el funcionario.
- 2) Familiares: como cónyuge, ascendientes o descendientes, colaterales dentro de los grados de ley.

b. Clases de intereses

Aquí se refiere a intereses personales, laborales, financieros o económicos. Se considera que con excepción de los primeros, los tres restantes pueden englobarse en los intereses de carácter económico. Existen otros intereses que podrían incidir en la imparcialidad del funcionario. Por ejemplo: sus intereses políticos, interés de protagonismo, etc. Sería adecuado en esta fase de construcción de un mínimo de exigencia por parte del Estado, enfatizar estrictamente en los intereses de tipo económico. Al elaborar el Colegio de Abogados de Nueva York un informe sobre el tema, prefirió por limitar los intereses al campo económico, justificando de esta manera su decisión: "el motivo más simple es que es más adecuado controlar aquella fracción de la conducta impropia atribuible a motivos económicos que controlar nada. Otro motivo es que los esquemas que tienden a regular necesitan ser administrados. Las restricciones a intereses económicos pueden ser escritas con razonable particularismo y aplicadas para ser moderadamente predictibles; aún no se ha creado una metodología para identificar afecciones, amigos, relaciones, a los efectos que permita negocios con unos y otros".⁹⁴

c. Ser y parecer

Debido a que existen ocasiones en que el conflicto de intereses surge o parece surgir sin ninguna intención reprochable al funcionario en cuestión, algunos autores y varias

⁹⁴ Alegre, Marcelo, Ob. Cit., Pág. 23.

legislaciones extranjeras, de manera especial la de los EE.UU. recurren a la idea de las apariencias. Se dice entonces, que el funcionario debería dejar de poseer acciones en una compañía bajo su competencia aunque su imparcialidad no se vea afectada por esa tenencia accionaria, por razones de apariencia. A manera de ejemplo citamos la definición del Comité de Ministros del Consejo de Europa contenida en la Recomendación 10/2000, Artículo 13.1: situación en la que un agente público tiene un interés personal que influya o aparente influir sobre el ejercicio imparcial y objetivo de sus funciones. En la misma línea el Código de Ética de Argentina, en su Artículo 8, que hace alusión al deber de probidad, norma que el funcionario también está obligado a exteriorizar una conducta honesta.

La idea de apariencia no es necesaria y además es inadecuada. Es innecesaria porque lo que pretende la regulación de los conflictos de intereses, es limitar la oportunidad de que el funcionario público desvíe la función pública por el interés que se le imputa. En aquellos casos en que, por ejemplo, se ve obligado a apartarse de un expediente por causas objetivas de excusación, y en que el funcionario no iba a verse influido por el interés particular, ello no implica que el apartamiento se exige por razones de apariencia, sino que se exige por aplicación de una regla general cuyo cumplimiento sirve fines justificados. Si este paso ulterior es innecesario, nada justifica el recurso de las apariencias. La noción de apariencia también es inadecuada, por cuanto se basa en un criterio muy laxo capaz de regir acciones públicas. Lo que al parecer de algunos es sospechoso puede tornarse inobjetable para otros. Por otro lado, la idea de apariencia puede interpretarse como un objetivo intencional del Estado de aparentar, y no se

puede concebir cómo el aparentar pueda ser algo aceptable, ni en la vida social en general, ni en la relación con el Estado en particular. Si la apariencia de probidad o imparcialidad fuera un valor en sí, dado un acto impropio o imparcial por parte de un funcionario, éste sería menos reprochable si se llevara a cabo bajo la apariencia de una conducta intachable. Se cree que nadie estaría dispuesto aceptar esto.

4.8. Los conflictos de intereses y las incompatibilidades

Resulta de singular importancia hacer la distinción entre los conflictos de intereses y otras figuras relacionadas a los cargos públicos. La principal confusión surge entre los conflictos de intereses y las conductas llamadas incompatibilidades.

Las incompatibilidades son aquellas conductas relativas a la obtención de más de un empleo por parte de los funcionarios o trabajadores de la administración pública, diferenciándose de los conflictos de intereses en los que se pretende conservar y defender principios como los de la equidad y la imparcialidad en la función pública. Al regular las incompatibilidades las normas pretenden contrarrestar que la multiplicidad de empleos incida en la efectividad de quienes ejercen un cargo público.

Las normativas de incompatibilidades se orientan a evitar que quienes ejercen una función pública o laboran en el Estado, participen en situaciones que por salir electos o estar contratados en más de un empleo no cumplan a cabalidad con las atribuciones

que cada uno les demanda. Las incompatibilidades se producen por múltiple empleo en el sector público y de igual forma en el sector público y privado. Puntualmente, es verdad que al prevenir los conflictos de intereses se está indicando conductas que son incompatibles entre sí. No obstante, eso no significa que el nacimiento de una incompatibilidad produzca estrictamente un comportamiento de conflictividad de intereses, porque ambas nociones tienen la tendencia a evitar y prevenir diferentes clases de riesgos o perjuicios.

La limitante de sumar cargos no pretende proteger la imparcialidad en el ejercicio de la función, ni la independencia de criterio, o la igualdad de trato, como sí lo hace en las situaciones de conflictos de intereses. Su objeto es tutelar los fondos públicos del perjuicio de que al ser imposible materialmente cumplir con dos o más funciones en los mismos horarios de trabajo, se esté objetivamente ante trabajos simulados, que ocultan un comportamiento delictivo.

Se dice que las incompatibilidades deben estar justificadas por motivos de buen servicio, es decir, dedicación completa a las funciones del cargo o empleo; imposibilidad material de cumplir éstas en forma simultánea, si se tienen otras actividades. La instancia que afirma lo de este párrafo, también indica que: “la incompatibilidad es el impedimento legal para el ejercicio simultáneo de dos o más cargos”.⁹⁵

⁹⁵ Coalición por la Transparencia, Alianza Estratégica integrada por: Acción Ciudadana, Cámara de Comercio de Guatemala y Centro de Investigaciones Económicas Nacionales, Los Conflictos de Interés en el Sector Público, Guatemala, 2004, <http://www.plataformademocratica.org/Publicaciones/2674.pdf> (20-5-2015)

La normativa de las incompatibilidades permite excepciones. En la legislación comparada contempla varios ejemplos en los que la docencia puede practicarse en forma simultánea al empleo público. Una excepción más es el ejercicio de la medicina y demás profesiones liberales. De cualquier manera lo que hay que tomar en cuenta es que la acumulación no debe influir en la disposición temporal del servidor público para cumplir en forma eficaz con el cargo público.

Una forma especial de incompatibilidad es la que se refiere a quienes pudieran tener cargos en distintos poderes del Estado. Así, casi la totalidad de la legislación comparada no permite que una persona ocupe un cargo legislativo y ejecutivo al mismo tiempo.

Otro de los diversos ejemplos de incompatibilidad de la legislación de Guatemala, se encuentra contenido en el segundo párrafo del Artículo 15 del Decreto Legislativo Número 89-2002: "Ninguna persona podrá desempeñar más de un cargo o empleo público remunerado, excepto quienes presten servicios en centros docentes o instituciones asistenciales y siempre que haya compatibilidad en los horarios."

Una situación más que amerita ser diferenciada es la de las conocidas inhabilidades. Son éstas aquellas situaciones en las que el orden legal, casi siempre constitucional, ordena limitaciones o impedimentos para el ejercicio de un cargo en particular. Es el caso de cuando se requiere a las personas un mínimum de edad para poder ejercer un

cargo. Un ejemplo más se da cuando la ley limita a una persona por haber delinquido en ciertos hechos, por lo general delitos cuyo bien jurídico tutelado es la administración pública, no pudiendo en consecuencia acceder a un cargo por un período posterior al cumplimiento de la condena.

4.9. Los conflictos de intereses y la corrupción

Una primera situación a considerar es la distinción de la corrupción con los conflictos de intereses, poniendo como ejemplo la exigencia de una extorsión, es que en aquella se requiere la participación de un tercero que recibe un beneficio, mientras que en los conflictos de intereses generalmente el funcionario participa sólo en la situación. En realidad si el funcionario demandara a una persona cualquier clase de beneficio a cambio de una decisión favorable, la situación encuadraría en un caso de extorsión. Pero si hubiera un tercero que ofreciera un beneficio, se tipificaría un soborno.

Las diferencias se hacen menos palpables cuando se compara lo que se define como conflictos de intereses con las denominadas negociaciones incompatibles o designaciones parecidas contempladas en muchas normativas penales, incluyendo la Convención Interamericana contra la Corrupción, que norma en el Artículo IV, literal c, los actos de corrupción y cómo las negociaciones incompatibles se dan cuando un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas realice cualquier acto u

omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficio para si mismo o para otra persona.

Es importante observar que casi toda la doctrina penal al referirse al bien jurídico tutelado en el delito de las negociaciones incompatibles, y de igual manera en el de los conflictos de intereses, apunta a la imparcialidad en la administración pública.

Una diferencia más determinante entre las regulaciones de los conflictos de intereses y las normativas penales que tratan conductas similares, es situar a aquellas como parte de estrategias o políticas especialmente preventivas propias del campo administrativo, y a éstas como procedimientos reactivos y punitivos.

Esta última distinción no significa que las regulaciones de una u otra figura no sean compatibles o se contradigan, sino por el contrario se toman complementarias. Por ello, es preciso considerar que las normas penales cumplen su función después que el funcionario ha vulnerado el control preventivo y ha sido autor de una conducta que le permite un beneficio indebido personal o para otra persona.

4.10. Efectos sociales de los conflictos de intereses

Hay un considerable sentir que la falta de control y prevención de los comportamientos que originan los conflictos de intereses corroe el sistema político y la democracia. Las

conductas de conflictos de intereses producen una lenta pero continua falta de credibilidad de la población en lo legítimo que puedan ser las decisiones públicas. De manera simultánea afectan también el correcto desarrollo del quehacer económico.

Según la Coalición por la Transparencia de Guatemala, en un enfoque del Banco Mundial, se explica que los sectores de interés en alianza con servidores públicos en puestos estratégicos de la administración controlan las decisiones del gobierno, adquiriendo beneficios económicos inalcanzables en condiciones de competitividad. El fenómeno descrito antes, se conoce como captura del Estado, y de acuerdo a la investigación del organismo internacional aludido, deteriora las condiciones de desarrollo económico.

Se dice desde una perspectiva institucional y política, “que es posible aseverar que la falta de cumplimiento a las reglas de imparcialidad en la dirección de los asuntos públicos administrativos, produce consecuencias negativas para lograr la confianza que se necesita para justificar la existencia del Estado”.⁹⁶

Rose-Ackerman, afirma que los gobiernos son adecuados cuando los ciudadanos no confían en los demás de manera voluntaria o cuando no se resuelven las discrepancias existentes en forma espontánea: “esta tarea no es tan difícil cuando los ciudadanos tienen un grado de confianza entre sí, y el Estado se organiza para que los ciudadanos confíen en él, al menos en cierta forma. Del mismo modo, si el Estado es confiable e

⁹⁶ Ibid.

imparcial en la aplicación del derecho, o sea que las personas confían que el Estado actúa con justicia, es razonable que se incremente la legitimidad del Estado".⁹⁷

La concepción anterior denota la posibilidad de relación entre la ética y una sana administración. El principio de la confianza se toma en un instrumento para mejorar el capital social. Sin embargo, esta confianza no resulta valiosa si no se encuentra ligada al ámbito institucional. La escasa legitimidad en las decisiones públicas administrativas constituye una deuda de probidad por parte del Estado a la sociedad, convirtiéndose en un factor negativo para lograr la confianza de las personas entre sí y con relación al gobierno.

Lo expresado anteriormente indudablemente conlleva el desencanto por los gobiernos y descontento ciudadano, el cual indefectiblemente desemboca en conflictividad social que tiende también eventualmente a generar violencia, en la que muchas veces se pone en riesgo la vida e integridad física de las personas, así como los bienes privados y públicos, todo ello sin tomar en cuenta las millonarias pérdidas en la economía que aduce el sector privado, cuando se interrumpe el libre tránsito en las carreteras del país.

De manera indubitable se concluye que los conflictos de intereses influyen en la política, la economía, la moral tributaria, la gobernabilidad y por ende en la democracia.

⁹⁷ Ibid

4.11. Los conflictos de intereses en Guatemala

La palabra corrupción se expresa desde siempre, porque como verbo también se ha manifestado. En el mundo de hoy, en todos los códigos penales se encuentran tipificadas figuras de corrupción. El Código Penal de Guatemala es contenedor de una serie de figuras de corrupción, lo cual podría denominarse corrupción penal, no obstante ahora, el nuevo vínculo Estado-sociedad se ha incrementado debido a la necesidad de resolver problemas básicos con otras alternativas relacionadas con los servicios públicos y con ello han surgido nuevas formas de corrupción, más suaves, más imperceptibles, y cuya regulación legal pareciera estar reservada a países desarrollados o de bienestar como se les suele llamar, todo esto debido a ciertas características que tienen por su mismo avance y sobre las cuales se puntualizará más adelante en este trabajo. A estas nuevas figuras se les ha llamado simplemente corrupción, lo que implica que además de la corrupción penal, también coexiste la corrupción propiamente dicha, que no se encuentra regulada aún, pero que sí causa igual perjuicio. En Guatemala el término corrupción siempre se ha pronunciado, sin embargo, en los inicios de este milenio ha cobrado un nuevo repunte y figuras de corrupción no penales poco se mencionan como es el caso de los conflictos de intereses, no obstante el fenómeno pareciera estar allí.

El contenido de este tema se ampliará de manera sustancial en las siguientes páginas de esta investigación, tratando de puntualizar y reafirmar el imperativo de que la sociedad en general no desatienda estos fenómenos sociales.

a. Antecedentes

Los estudiosos del tema de los conflictos de intereses en el sector público, han logrado que el mismo haya tomado actualidad unos pocos años atrás, precisamente a finales del siglo XX. Las razones que proveen explicación a este hecho son simples. Por ello se estima que: "Su importante trabajo permitió el nacimiento de una singular doctrina que le da soporte y fundamento teórico al problema social que generan las situaciones de conflictos de intereses especialmente en la administración pública".⁹⁸

De acuerdo a la aseveración anterior, generalmente la doctrina comparada establece ligámenes conceptuales y prácticos entre dos puntos centrales de discusión en relación al gobierno y los conflictos de intereses. Uno de ellos es que el tema tiende a vincularse con la denominada ética pública. Por esa razón existen instituciones y legislaciones que tratan de manera puntual el problema de los conflictos de intereses como parte de las políticas de ética pública o de probidad. Este tratamiento tiene una naturaleza básicamente preventiva y principalmente se lleva a cabo en el ámbito administrativo. Otro, se le relaciona con el flagelo de la corrupción. En ese sentido se considera que cuando las situaciones que generan conflictos de intereses no son prevenidas y detectadas a tiempo, vienen a significar el preámbulo de la corrupción y por lo tanto deben tratarse penalmente. Lo anterior se comprueba, pues varios sistemas legislativos han tipificado y promulgado figuras penales para castigar situaciones que en general están contenidas dentro de las mencionadas negociaciones incompatibles.

⁹⁸ Ob. Cit., Acción Ciudadana, Pág. 9

Una razón más que despierta el interés por este tema, es la creación de varios acuerdos y tratados internacionales que se refieren de manera puntual al fenómeno de los conflictos de intereses. Un dato importante más, surge de la adopción por parte de las Naciones Unidas en 1996 del Código Internacional de Conducta para los Titulares de Cargos Públicos, el cual contiene varias regulaciones especiales acerca de la ética pública y de manera especial se refiere a los conflictos de intereses. De los tratados referidos al inicio del presente párrafo, dos son básicamente de importancia para América. Primero se cita la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en 1996, la cual fue ratificada por casi todos los países del continente, en cuyo contenido de su Artículo III se trata en forma directa la temática relacionada. Esta Convención conlleva implícitas acciones de seguimiento que han permitido analizar precisamente las relativas a los conflictos de intereses y el cómo los diferentes países cumplen con esas disposiciones. Se cita también la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción celebrada en el año 2004, la que ha tenido un avance con mayor efectividad.

Otro paso importante es el interés que las entidades de financiamiento de carácter internacional han puesto en el problema que generan los conflictos de intereses, lo cual se evidencia con un ejemplo, tal el caso del Banco Interamericano de Desarrollo que formuló un manual de recomendaciones con la finalidad de promover y fortalecer la transparencia en la administración pública de los países miembros, poniendo énfasis para regular y prevenir los conflictos de intereses.

Finalmente es importante referirse a la inquietud que el problema de los conflictos de intereses despertó en entidades internacionales, tal el caso de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que ha dedicado un importante espacio para que se mejore en el tema de la probidad y la transparencia de la gestión pública. Uno de sus más importantes resultados es la adopción de otra guía cuyo objetivo es prevenir los conflictos de intereses en las instituciones públicas, integrada por la acumulación de la experiencia de casi todos los que forman parte de esta organización.

Por todo lo anterior, es posible apreciar que el fenómeno de los conflictos de intereses, tiene ahora una importancia capital en el trabajo de los que juegan un papel protagónico relacionado con la gobernabilidad y la gestión pública.

b. Situación de Guatemala y los conflictos de intereses

En Guatemala las conductas que generan conflictos de intereses en la administración pública son un hecho, que indudablemente ocurre desde muchos años atrás. A pesar de ser un fenómeno conocido por algunos, en general existe una cultura de desconocimiento de las consecuencias que produce en la sociedad, lo que fomenta la tolerancia de tan delicado problema.

El desconocer por parte de los ciudadanos el referido flagelo que en Guatemala es latente, permite que el mismo se tolere de forma excesiva por parte de los funcionarios públicos, y aún en algunas circunstancias cuando este fenómeno surge, hay la tendencia a considerarlo como parte de la práctica política que sucede cada día.

Guatemala al ser un país sin tradición en el tratamiento de estos problemas, no cuenta con ninguna doctrina y teoría sobre esta temática, ni tampoco con una fuente legal para su definición ni regulación. Sin embargo, existe un importante trabajo sobre el tema de los conflictos de intereses presentado y promovido por Acción Ciudadana que encabeza la Alianza Estratégica integrada por dicha Institución, junto con la Cámara de Comercio de Guatemala y el Centro de Investigaciones Económicas Nacionales, a través del proyecto Alianza por la Transparencia - Fortalecimiento de los Órganos de Control, financiado en parte por el Programa de la Sociedad Civil de la United States Agency for International Development, apoyado técnica y académicamente por el Doctor Roberto de Michele, su autor, y cuya lectura del mismo nos motivó para encausar la presente investigación. En el documento se señalan los antecedentes más importantes que despiertan inquietud sobre el tema, se definen los conflictos de interés haciendo comparaciones con figuras similares y se sugieren estrategias para la solución del problema, así como varios tipos de remedios que pueden ser aplicables en otros países incluyendo el caso de Guatemala.

En la presentación de ese mismo estudio, el Licenciado Manfredo Marroquín, Director Ejecutivo de Acción Ciudadana, apunta: "Lo real es que los conflictos de interés, al igual

que la corrupción, traen consigo consecuencias que atentan contra la estabilidad de cualquier sistema político, ya que en esencia son conductas que benefician el interés personal en desmedro del interés público, generando desconfianza en las instituciones y crecimiento de la injusticia y la desigualdad”.⁹⁹ Dicho de otra manera, los conflictos de intereses en el gobierno son un flagelo que corroe el sistema democrático y limita el desarrollo del Estado de Derecho.

4.12. Posibilidad de regular los conflictos de intereses en Guatemala

Como se afirma un tanto atrás, con excepción del trabajo descrito, Guatemala adolece de tradición en el tratamiento y regulación de estos temas, no contando a la fecha con literatura propia que los haya desarrollado, lo que obligó a la necesidad de recurrir y nutrirse de la doctrina, el derecho y la legislación comparada para escribir y estructurar algo muy incipiente y modesto sobre el tema.

En el sentido anterior, parafraseando a García Mexía, se dirá que: “hay autores que consideran que dedicar tratamiento a conflictos de interés es una pretensión demasiado ambiciosa y que hay países aún del Continente Europeo en que el término prácticamente se desconoce, o como en el caso de Francia que los conflictos de intereses no producen problema, por el simple motivo que no se perciben como tal. O cuando afirma lo que dice Meny: Que el problema ético subsiste en su integridad, al

⁹⁹ Coalición por la Transparencia, Ob. Cit., Pág. 7

permanecer en gran tamaño extraño a las preocupaciones de las élites”.¹⁰⁰ Otro grupo de autores, por todos Manning, utiliza el término de manera muy corriente, siendo las sociedades de bienestar o de capitalismo avanzado como también se les denomina, tal el caso de los Estados Unidos de América, las que pueden hacer gala al crear normativas de esta naturaleza.

Dentro de ese mismo pensamiento de Manning, se considera que la viabilidad para legislar en materia de conflictos de intereses, sólo se puede encontrar “cuando los países cuentan con funcionarios de absoluta conciencia profesional; se tienen modernas técnicas de control fiscal; en la contratación pública se ha expandido la competitividad; los ciudadanos están altamente instruidos y tienen prosperidad económica; y sus políticos han superado la idea del sistema de botín”.¹⁰¹

Contrariamente en Guatemala son escasos los funcionarios conscientes; las técnicas para controlar los ingresos del fisco son incipientes, pues en la misma Superintendencia de Administración Tributaria existen empleados corruptos; carecemos de competitividad en la contratación pública, aún se experimenta y no existen acuerdos para mejorar la calidad educativa, y más que bonanza económica existe pobreza y desnutrición, y finalmente se concluye que la clase política sigue motivada en ganar elecciones para luego enriquecerse.

¹⁰⁰ García Mexía, Pablo, Ob. Cit., Pág. 143

¹⁰¹ Manning, B., The purity potlatch: conflict of interests and moral escalation, Pág. 246.

4.13. Regulación preventiva de los conflictos de intereses

Guatemala, es obvio, que no cuenta con las características antes apuntadas, pues como todos sabemos aún se encuentra muy lejos de sentar las bases para encaminarse hacia una economía desarrollada (de transición), y por lo tanto bien distante de contar con los factores adecuados para ambicionar una legislación penal en materia de conflictos de intereses, que pueda ser técnicamente diseñada y de aplicabilidad positiva. Sin embargo, el flagelo de los conflictos de intereses está presente en la administración pública, y es algo que no se puede ignorar, como también se entiende: mina el sistema democrático al vulnerar el interés general por el particular, corroe las instituciones e impide el establecimiento de un verdadero estado de derecho al decidir los funcionarios discrecional y arbitrariamente. Esta situación debe inducir a actuar en pro de la modernización legislativa, si bien como se dice antes, no soñando por el momento con una legislación penal en la materia, pero sí con políticas y estrategias administrativas que le den tratamiento preventivo al problema que originan estas conductas en la administración pública y por ende en el seno de la sociedad en general.

4.14. Ausencia de regulación legal del conflicto de los intereses en Guatemala

Se cree oportuno en este momento que se está casi al final del trabajo, establecer de manera sucinta lo que en materia legal, contiene la Ley de Probidad de Guatemala, con

respecto a la conducta de los funcionarios públicos en aras de la transparencia orientada a los comportamientos que derivan en conflictos de interés. Para este propósito, se reitera lo dicho antes: Guatemala no se caracteriza por interesarse en estos problemas, por lo que las leyes orientadas al fortalecimiento de la probidad administrativa no mencionan en ningún momento la evitación de los conflictos de intereses en que incurren los funcionarios o empleados públicos.

Por otro lado se dice que, la frase conflicto de intereses a manera de la Filosofía del Derecho, se refiere a un propósito distinto del que se pretende en este caso, pues tiende a enfocarla y relacionarla a una de las funciones más importantes del Derecho, que es: la de resolver conflictos de intereses, no existiendo vínculo con la connotación de este trabajo.

Al no encontrarse en la legislación guatemalteca ninguna norma que regule la prevención de los referidos comportamientos ilícitos que practican los funcionarios públicos, es menester que tampoco se vean reflejados en el campo jurídico penal.

4.15. Connotaciones de los conflictos de los intereses en el Código Civil y otras leyes de Guatemala

Como antecedente de la expresión conflicto de intereses, el Código Civil de Guatemala, contenido en el Decreto Ley Número 106, establece en el Artículo 268 lo siguiente: "Si

surge conflicto de intereses entre los hijos sujetos a la misma patria potestad, o entre ellos y los padres, el juez nombrará un tutor especial”. Como se puede apreciar el Artículo citado es muy claro e impregnado de un significado tan obvio, como alejado del ámbito del presente trabajo, y separado del contexto de estudio que en estas páginas se pretende, pues el mismo hace alusión a resolver un problema nacido en ejercicio de la figura jurídica de la patria potestad.

El Artículo 306 de ese mismo cuerpo legal regula que “cuando hubiere conflicto de intereses entre tutor y varios pupilos sujetos a una misma tutela, el juez les nombrará tutores específicos”. Esta última norma se refiere al propósito de la ley de solventar diferencias entre los menores surgidas dentro del contexto de la tutela, lo que permite con claridad apreciar que la expresión conflicto de intereses, también se encuentra totalmente distante y fuera de alcanzar el sentido del objetivo perseguido.

El Decreto Legislativo Número 13-2013 publicado en el Diario Oficial el 12 de noviembre de 2013, que contiene reformas a la Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria, a la Ley Orgánica del Presupuesto y en cuanto a la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, modifica mediante el Artículo 60, el inciso h) del Artículo 22 de esta última ley relacionada, el cual establecía que al personal de dicha Institución le queda prohibido: “h) Ser accionista, director o representante legal de las empresas, organizaciones o instituciones sujetas a fiscalización.” La reforma contenida en el Artículo 60 del Decreto Número 13-2013 antes mencionado ahora establece: “h) Ser accionista, director, asesor, representante legal o

presentar cualquier conflicto de interés respecto de las empresas, organizaciones o instituciones sujetas a fiscalización.”

Lo anterior evidencia que los conflictos de interés son un tema desconocido por la mayoría; que se expresa por la prensa en forma esporádica; que dos años después de haber iniciado este trabajo aparece por primera vez el término o la expresión en un texto legal de manera exigua, y que el mismo no se encuentra definido, careciendo de precisión y separación conceptual.

4.16. Ley de Probidad vigente en Guatemala y los conflictos de interés

El Decreto Legislativo Número 89-2002, cuyo contenido es la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados públicos, marco legal que sirvió de base para nominar esta investigación, adolece de ausencia total de referencias al conflicto de intereses en el sector público, lo que comprueba el juicio hipotético planteado al inicio de la misma, sin embargo, en su articulado esporádicamente tiene referencias acerca de las incompatibilidades y específicamente en su Artículo 6, en forma expresa informa de varios principios de probidad, los cuales aunados a todo lo desarrollado en estas páginas, pueden servir, de acuerdo a lo que fundamentó este trabajo, para darle soporte a la idea central de reformar el marco legal apuntado antes, y que se pueda contar en un futuro inmediato, con mecanismos administrativos para darle tratamiento preventivo al problema de los conflictos de interés, a sabiendas que



éste deteriora la vida institucional y democrática de Guatemala, ya que además de ser una fuente de corrupción, opera como una forma de corrupción atenuada, más sutil o refinada que subordina el interés general al interés particular, a cambio de un beneficio económico personal. Esto como es sabido, opera como un déficit fiscal, pues cada quetzal que pagan los ciudadanos como impuesto, tiene un componente adicional de desvío que se traduce en detrimento de los servicios y la obra pública por terminar ilícitamente en el bolsillo de algunos funcionarios públicos.

Por esas y otras razones, se estima que sí existen mecanismos para contrarrestar la problemática de los conflictos de interés, pero se debe de estar consciente que no es posible obtener los resultados esperados, si no se combinan correctamente las propuestas y las respuestas técnicas con la voluntad política e institucional para desarrollar ese tipo de estrategias y regulaciones legales. Sabiendo que todo trabajo escrito de esta naturaleza, debe perseguir la solución objetiva y real de un problema existente en la comunidad, se finaliza con estas palabras de alguien: Una buena política social depende de una buena política económica y financiera; se considera que sería oportuno agregarle acompañadas de una mejor política de transparencia y probidad.

CONCLUSIONES

- 1. En Guatemala la corrupción administrativa es un flagelo social que ha cobrado un nuevo tiempo con un repunte significativo, afectando el presupuesto de manera evidente y por ende la inversión social. Esta práctica se da cuando los servidores públicos abusan del poder, asumiendo el riesgo de subordinar el interés general al particular, a cambio de beneficios económicos.**
- 2. La probidad administrativa es un valor ético que orienta a los funcionarios públicos a obrar bien y con honradez en el manejo de los negocios y patrimonio estatales. Guatemala cuenta con una ley de probidad, que no regula los conflictos de intereses, la cual se aplica parcialmente y tiene debilidad en la investigación de expedientes de declaraciones patrimoniales de cesantía.**
- 3. La administración pública en Guatemala, sin importar el sistema que adopte, constituye la actividad que realizan los funcionarios del Estado, que busca servir a los habitantes para la consecución del bien común, principio rector que a pesar de ser la razón de la existencia del Estado, no se hace efectivo, debido a la existencia de redes de corrupción enquistadas en sus instituciones.**
- 4. Los conflictos de intereses en Guatemala surgen en la administración pública, se caracterizan por la toma de decisiones de los funcionarios, que abusan del poder, renunciando a privilegiar el interés general por el interés particular,**



vulneran los principios de imparcialidad e igualdad, que generan corrupción y enriquecimiento ilícito, sin tener este problema tratamiento legal.



RECOMENDACIONES

1. El Jefe del Ejecutivo, debe evidenciar características de todo buen gobierno, instituyendo como política de Estado, el combate a la corrupción administrativa, promoviendo la conversión de una o varias entidades estatales seleccionadas en "islas de probidad", a través de una estrategia básica de reforma vertical progresiva, y pueda ganar terreno al sistema de mediocridad estable.
2. El Jefe del Ejecutivo debe fortalecer a la Dirección de Probidad de la Contraloría General de Cuentas, con recurso humano, para cumplir efectivamente las acciones de análisis e investigación de las declaraciones patrimoniales, especialmente las de cesantía en el cargo, y los estudios comparativos de los expedientes de los funcionarios y empleados públicos.
3. Para evitar el flagelo de la corrupción, el Estado debe orientar políticas viables para fortalecer los órganos de control en todos los niveles, particularmente los relacionados con la ejecución presupuestaria en la contratación pública, incluyendo a los gobiernos locales, promoviendo la independencia de la Contraloría General de Cuentas para el nombramiento de sus autoridades.
4. Reformar el Decreto Legislativo Número 89-2002, para regular y prevenir las situaciones de conflictos de intereses en el sector público, modificando el actual formulario de declaración jurada patrimonial, agregándole un apartado especial



para que en el mismo los sujetos obligados hagan su declaración de intereses y en su caso se pueda promover la revocación de nombramientos.



BIBLIOGRAFÍA

Acción Ciudadana. **La corrupción en Guatemala**. Guatemala: (s.e.), 1999.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Luis, Cabanellas de Torres. **Tratado de Política Laboral y Social**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, SRL., 1972.

ALEGRE, Marcelo. **Informe final regulación de pautas de comportamiento ético y conflictos de intereses en la Argentina**. Oficina Anticorrupción, Talleres Realizados el 17 y 18 de diciembre de 2001, Argentina: (s.e.), 2001.

BAUZÁ MARTORELL, Felio José. **Aproximación a la ciencia de la administración. Gerencia aplicada a las organizaciones públicas**. Madrid: Ed. Dykinson, 1995.

BEYME, Klaus von. **La clase política en el estado de partidos**. Madrid: Ed. Alianza, 1995.

BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Ed. Argentina, cuarta edición, 1972.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual. Tomo II**, Buenos Aires, Argentina: Industria Gráfica del Libro, Ed. Heliasta SRL, 1976.

CACIAGLI, Mario. **Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: (s.e.), 1996.

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo I**. tercera edición actualizada, Guatemala: Ed. Liarena, 1999.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo, teoría de la administración**. Guatemala: Ed. Estadística, 1987.

CICERÓN, Marco Tulio, **Cuestión sobre los deberes, libro I**, capítulo XXXIV, (s.l.i.), (s.e.), (s.f.).



Coalición por la Transparencia, Alianza Estratégica integrada por: Acción Ciudadana, Cámara de Comercio de Guatemala y Centro de Investigaciones Económicas Nacionales. **Los conflictos de intereses en el sector público**. Guatemala, 2004. <http://www.plataformademocratica.org/Publicaciones/2674.pdf>. (20-5-2015).

Convención de la Organización de las Naciones Unidas Contra la Corrupción del 31 de octubre de 2003.

COOPER, Terry L. **The responsible administrator**. Londres: Ed. Kennikat Press, 1982.

Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional No.3, julio-dic. 2000. http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/Cuestiones_Constitucionales/numero/3/rb/rb13.htm (26-5-2015).

D'ALBERTI, Marco. **Corruzione suggesttiva e oggettiva**, en D'Alberti M. y Finocchi R. (Coords), **Corruzione e Sistema Istituzionale**. Bolonia: Ed. Il Mulino, 1994.

DEL VALLE PÉREZ, Hernán. **Historia de la Contraloría General de Cuentas**. Guatemala: Ed. Ediciones Don Quijote, 1994.

Diccionario de la Real Academia Española. segunda edición, séptima reimpresión, Madrid: (s.e.), 1979.

Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena. (s.l.i.): Ed. Ramón Sopena, S.A., tomo 5, 1977.

DIEZ, Manuel María. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, 1974.

DIEZ, Manuel María. **El acto administrativo**. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, S.A., 1961.

DIEZ-PICAZO, Luis. **La criminalidad de los gobernantes**. Barcelona: Ed. Crítica, 1996.

Enciclopedia Temática Sopena, tomo XII, Barcelona: Ed. Ramón Sopena, S.A., 1982.



Ética, moral pública y lucha contra la corrupción en Guatemala, proyecto ATN/SF-5393-GU, Banco Interamericano de Desarrollo. Guatemala: (s.e.), 1998.

FAYOL, Henry. **Administración industrial y general.** México: Ed. Herrero Hnos., Sucs., S.A., 1961.

FINNER, Herman. **Administrative responsibility in democratic government, Public Administration Review I.** London: (s.e.), Summer 1941.

GARCÍA MEXÍA, Pablo. **La ética pública: perspectivas actuales,** Revista de Estudios Políticos (Nueva época), No. 114, Madrid: octubre-diciembre 2001.

GIFFORD, Daniel J. **Decisions, decisional referents and law and virtue.** 2nd edición, New York: Ed. Marcel Dekker, 1989.

GLOTZ, Gustave. **La ciudad griega.** México: Unión Tipográfica, Ed. Hispanoamericana, Uthea, 1957.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **La ética en la administración pública.** Madrid: Ed. Civitas, 1996.

HEIDENHEIMER, Arnold J. **Political corruption: a handbook.** New Brunswick, New Jersey: Ed. Transaction Books, 1989.

HEYWOOD, Paul. **Sleaze in Spain.** Ed. Parliamentary Affairs 48 num. 4. Paris: octubre 1995b.

HEYWOOD, Paul. **De la dictature a la démocratie:** "les formes changeantes de la Corruption en Espagne", en D. Della Porta & Y. Meny (dirs.): *Démocratie e corruption en Europe.* Paris: Ed. La Découverte, 1995^a.

HINKELAMMERT, Franz Josef. **¿Capitalismo sin alternativas? Sobre la sociedad que sostiene que no hay alternativas para ella.** San José Costa Rica, Pasos 37, septiembre-octubre 1991.



HURTADO, Oswaldo. **Discurso de inauguración del seminario reflexiones, experiencias y estrategias en torno a la corrupción.** Quito: (s.e.), octubre 1998.

INAP. **Jornadas sobre ética pública** (Madrid, 15 y 16 de abril 1997). Ministerio de Administraciones Públicas-Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid: (s.e.), 1997.

JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. **"La corrupción, una amenaza para la democracia"**. 2007, <http://www.lextra.uji.es/papers/2007/villarejo07.pdf> (5-5-2015).

JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. **La corrupción, su prevención y persecución en España.** Revista Jueces para la Democracia: Información y debate. No. 67. España: (s.e.), marzo 2010.

JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. **Control de la administración pública por los tribunales de justicia** (en el ámbito penal), 2001, dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174868.pdf. (5-5-2015).

LAMO DE ESPINOZA, Emilio. **Corrupción política y ética económica.** Revista de Occidente No. 179. Madrid, España: (s.e.), abril 1996.

LÓPEZ CALERA, Nicolás. **Corrupción, ética y democracia en F.J. Laporta y S. Álvarez (eds): La corrupción política.** Madrid: Ed. Alianza Editorial, 1997.

LOWI, Theodore J. **The intelligent personsguide to political corruption.** PublicAffairs, serie 81, bulletin No. 82, (s.l.i.), septiembre 1981.

MAURO, Paolo. **Corruption: causes, consequences, and agenda for further research, finance & development.** (s.l.i.), march, 1998.

MANNING, Bayless. **Thepurity potlatch: conflict of interests and moral escalation.** Federal Bar Journal, XXIV, No. 3, (s.l.i.), Summer 1964b.

McGUIRE, Joseph M. **Conflict of interest: Whose interest? And what conflict?**, in R. T. De George & J.A. PICHLER (eds): Ethics, free enterprises and public policy. New York: Oxford University Press, 1978.



NIETO GARCÍA, Alejandro. **La corrupción en la España democrática.** Barcelona: Ed. Ariel, 1997.

NIETO GARCÍA, Alejandro. **La administración sirve con objetividad los intereses generales, en estudios sobre la constitución española.** Madrid: Ed. Civitas, 1991.

NYE, Joseph S. Jr. **Corruption and political development: a cost benefit analysis.** APSR, 61 No. 2, (s.l.i.), junio 1967.

ORTIZ CORADO, Alma de Jesús. **Análisis jurídico de la función de la Contraloría General de Cuentas,** tesis de grado de abogada y notaria, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: Ediciones Mayte, 2001.

OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** trigésima edición, Argentina: Editorial Heliasta, SRL., 2004.

PENAGOS, Gustavo. **Curso de derecho administrativo.** Primera edición, Colombia: Ed. Librería Profesional, 1982.

PETERS, John G. & Welch S. **Political corruption in America: a search for definitions and a theory.** APSR. 72 No. 3, (s.l.i.), september 1978.

Contraloría General de Cuentas. **Programa taller de socialización del anteproyecto de código de ética,** elaborado por la Dirección de Ética, Moral y Gestión Legal de la Subcontraloría de Probidad. Guatemala: (s.e.), 2004.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption a study in political economy.** New York: Academic Press, 1978.

RAMIO, Carles. **Teoría de la organización y administración pública.** Madrid: Ed. Tecnos, 1999.

REYES GALLARDO, Héctor. **“Significado de la palabra corrupción”,** 31-7-2008. [http://491c3567181922105e172f68728a4ct9.bligoo.com/content/view/244093/\(10-2-2015\).](http://491c3567181922105e172f68728a4ct9.bligoo.com/content/view/244093/(10-2-2015))



ROHR, John A. **Ethics for bureaucrats: an essay on law and virtue.** 2nd ed., New York: Ed. Marcel Dekker, 1989.

ROHR, John A. **Constitutionalism and administrative ethics:** a comparative study of Canada, France, The United Kingdom and The United States, in T.L. COOPER. Handbook of Administrative Ethics. New York: Ed. Marcel Dekker, 1994.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Principios de ética pública ¿corrupción o servicio?** Madrid: Ed. Montecorvo, 1993.

SABÁN GODOY, Alfonso. **El marco jurídico de la corrupción.** Madrid: Ed. Civitas, 1991.

SOTO SOLIS, César A. **Guía para la detección de conflictos de intereses en el ejercicio de la función pública.** Asesoría Jurídica de la Dirección General de Servicio Civil de Costa Rica, 12 noviembre de 2012. <http://www.dgsc.go.cr/dgsc/indiceGestión/IGI%202014/3%20CONTROL%20INTERNO%20INSTITUCIONAL%202014/Item%203.2/INVEST-GUIA-DETECCION-CONFLICTOS.PDF>. (22-5-2015).

TAYLOR, Frederick Winslow. **Principios de administración científica.** México: Ed. Herrero Hermanos, Sucs., S.A, 1961.

THOMPSON, Dennis F. **La ética política y el ejercicio de los cargos públicos,** traducción de Gabriela Ventureira. Barcelona: Ed. Gedisa, 1999.

To serve with honor. Report of President's Commission on Federal Ethics Law Reform. Washington, USA, marzo 1989.

Transparencia Internacional. **Informe global de la corrupción 2005.** (s.l.i.), (s.e.), 2005.

VILLORIA MENDIETA, Manuel. **Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa.** Madrid: Ed. Tecnos, Universidad Pompeu Fabra, 2000.



Legislación

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 106, 1964.

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

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

Ley de Servicio Civil. Decreto número 1748 del Congreso de la República de Guatemala, 1968.

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

Ley Orgánica del Organismo Legislativo. Decreto número 63-94 del Congreso de la República de Guatemala, 2003.

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