

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



**NECESIDAD DE LA CREACIÓN DEL TIPO PENAL DELIMITADO A LA
RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS ELECTOS POR EL
VOTO POPULAR, COMO FORMA DE PENALIZAR LA CORRUPCIÓN**

MARÍA DE FÁTIMA ORTEGA HERRERA

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2017

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

**NECESIDAD DE LA CREACIÓN DEL TIPO PENAL DELIMITADO A LA
RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS ELECTOS POR EL
VOTO POPULAR, COMO FORMA DE PENALIZAR LA CORRUPCIÓN**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARÍA DE FÁTIMA ORTEGA HERRERA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, septiembre de 2017

**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:	Licda. Valeska Ivonne Ruíz Echeverría
Vocal:	Licda. Sandra Elizabeth Juárez
Secretario:	Lic. Marco Antonio Posadas Pichillá

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. José Luís De León Melgar
Vocal:	Licda. Irma Leticia Mejicanos Jol
Secretaria:	Licda. Dilia Agustina Estrada García

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).



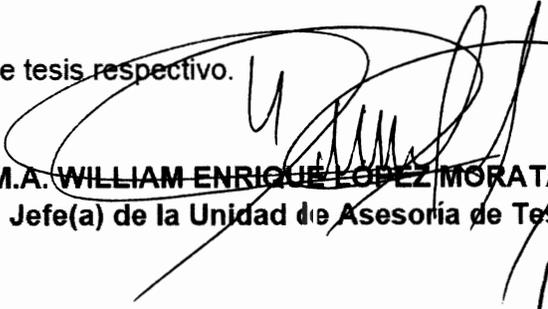
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 07 de junio de 2016.

Atentamente pase al (a) Profesional, EDGAR IVAN MORALES CARRILLO
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
MARÍA DE FÁTIMA ORTEGA HERRERA, con carné 201014367,
 intitulado NECESIDAD DE LA CREACIÓN DEL TIPO PENAL DELIMITADO A LA RESPONSABILIDAD DE
FUNCIONARIOS PÚBLICOS ELECTOS POR EL VOTO POPULAR, COMO FORMA DE PENALIZAR LA CORRUPCIÓN.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

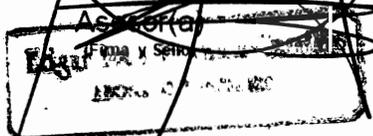
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


M.A. WILLIAM ENRIQUE LÓPEZ MORATAYA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 10 / 07 / 2017 f)



Lic. Edgar Iván Morales Carrillo
Abogado y Notario
11 calle 9-44 oficina 8, zona 1 ciudad de Guatemala.
Teléfono 42149986.



Ciudad de Guatemala, 17 de julio del 2017.

LICENCIADO
ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CIUDAD UNIVERSITARIA
SU DESPACHO



Respetable licenciado Orellana:

En forma atenta me dirijo a usted, para informarle que en cumplimiento de la función que me fuera encomendada mediante resolución emitida por esa jefatura con fecha siete de junio de dos mil dieciséis, me permití asesorar y orientar el trabajo de tesis intitulado: **“Necesidad de la creación del tipo penal delimitado a la responsabilidad de funcionarios públicos electos por el voto popular, como forma de penalizar la corrupción”**, que para el efecto ha elaborado la bachiller **María de Fátima Ortega Herrera**, con carnet número 201014367.

- a) En relación al contenido científico del trabajo asesorado, es viable indicar que se ha desarrollado la investigación desde el ámbito de derecho administrativo y derecho penal. En el mismo se expone la importancia de los funcionarios públicos dentro de la administración y el impacto que tiene en la sociedad los actos de corrupción cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos, por tal razón se pretende crear un tipo penal que contemple penas más drásticas y rigurosas para aquellos servidores públicos, electos popularmente, que atenten contra la administración y el Estado.
- b) En el desarrollo del trabajo, la investigadora efectuó una actividad inicial de recopilación de datos y obtención de fundamento doctrinario, aplicando los métodos deductivo e inductivo, unido a las técnicas de investigación bibliográficas y documental, con lo cual logro elaborar un trabajo que evidencia la correcta aplicación de las distintas técnicas utilizadas, ya que solo a través de estas podría obtenerse la calidad de tesis que presenta la estudiante.



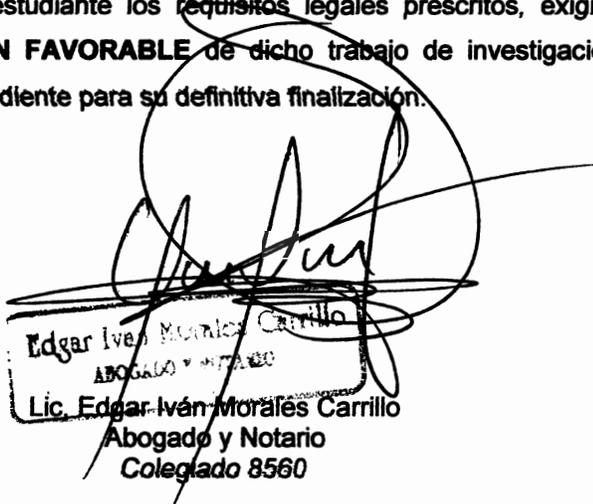
Lic. Edgar Iván Morales Carrillo
Abogado y Notario
11 calle 9-44 oficina 8, zona 1 ciudad de Guatemala.
Teléfono 42149986.

- c) El trabajo que me ha correspondido asesorar ha sido redactado de manera adecuada al nivel del grado que corresponde, denota conocimiento, capacidad académica y utiliza de una forma clara los conocimientos y resultados obtenidos.
- d) Con el trabajo elaborado, su autora contribuye científicamente a la bibliografía relativa al tema de los funcionarios como servidores públicos, la responsabilidad de los mismos y por consiguiente la importancia de erradicar la corrupción en la administración pública.
- e) La conclusión discursiva del trabajo de investigación es acorde y congruente con su contenido.
- f) La bibliografía consultada y finalmente utilizada en la elaboración de la investigación es pertinente, la redacción del trabajo es clara y precisa, acorde a la seriedad del tema investigado, durante el proceso de asesoría se le plantearon a la bachiller María de Fátima Ortega Herrera algunas modificaciones que fueron discutidas y posteriormente tomadas en cuenta.

Por lo anteriormente expuesto opino:

- a) Que el trabajo asesorado cumple con los requisitos legales exigidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.
- b) Declaro expresamente que no soy pariente dentro de los grados de ley de la estudiante María de Fátima Ortega Herrera.
- c) Que al haber cumplido la estudiante los requisitos legales prescritos, exigidos por esa unidad académica emito **DICTAMEN FAVORABLE** de dicho trabajo de investigación, para que pueda continuar el trámite correspondiente para su definitiva finalización.

Atentamente,


Edgar Iván Morales Carrillo
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. Edgar Iván Morales Carrillo
Abogado y Notario
Colegiado 8560



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

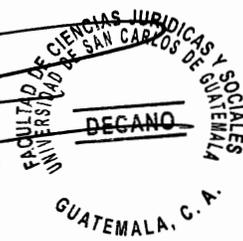


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 08 de septiembre de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante MARÍA DE FÁTIMA ORTEGA HERRERA, titulado NECESIDAD DE LA CREACIÓN DEL TIPO PENAL DELIMITADO A LA RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS ELECTOS POR EL VOTO POPULAR, COMO FORMA DE PENALIZAR LA CORRUPCIÓN.

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:** Porque su infinito amor y misericordia me acompañan y me dan fuerza para luchar por mis metas y ser una mejor versión de mí cada día.
- A LA VIRGEN DE FÁTIMA:** Por ser mi gran ejemplo de humildad y fe.
- A MIS PADRES:** Carlos Arturo Ortega Sánchez y Myrna Elizabeth Herrera de Ortega, porque son el motor que me impulsa cada día a seguir adelante y es gracias a su apoyo, sabios consejos y amor incondicional que hoy cumplo este sueño por el que hemos luchado juntos.
- A MIS HERMANOS:** Carlos José y Jonathan Arturo, los hombres de mi vida, que siempre han estado conmigo para cuidarme y ayudarme.
- A MIS SOBRINOS:** Que han venido a llenar de alegría e ilusión mi vida.
- A MI ABUELITA:** Marta Julia Comparini Gómez, que desde el cielo me cuida y comparte conmigo esta alegría.
- A MI FAMILIA:** A mi abuelita Licha, tíos, tías, primos, cuñadas, con mucho cariño. Y en especial a mi tía July y tío Julio por ser grandes ejemplos de lucha y amor para mí.
- A MI MEJOR AMIGA:** Kimberly Gardenia López Morales, por estar conmigo en las buenas y malas y brindarme siempre su cariño y mejores consejos.
- A MIS AMIGOS:** Por su sincera amistad. Gracias por todo el cariño y apoyo que me hace saber que son irremplazables.



MUY EN ESPECIAL:

A Josué Pinto por todo su apoyo y amor incondicional.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, gracias por la formación académica y todo lo aprendido que pondré en práctica como profesional.

A:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, porque es y siempre será motivo de orgullo y satisfacción haber egresado de tan prestigiosa casa de estudios.



PRESENTACIÓN

El tipo de investigación utilizado para el presente trabajo fue el cualitativo, toda vez que al basarse en la realidad actual de Guatemala, y en virtud de los estudios realizados se pudo analizar de mejor manera todo lo relacionado al tema de corrupción y los funcionarios públicos.

El presente trabajo de investigación corresponde a la rama del derecho administrativo y derecho penal y el ámbito geográfico investigado fue el departamento de Guatemala.

El objeto de estudio fue la corrupción, tema de mucha importancia en virtud que es un problema que cada día avanza en Guatemala, en especial dentro de la administración pública, siendo necesario conocer más sobre esta problemática y analizar mecanismos que puedan funcionar para combatirla.

El sujeto de estudio fueron los funcionarios públicos quienes forman parte importante dentro de la administración pública puesto que son los agentes encargados de dirigir los organismos del Estado, y son estas personas las más vulnerables a cometer actos de corrupción, en especial los electos popularmente, perjudicando a la población en general.

El aporte académico que hace el presente trabajo, es la investigación hecha con el objeto de conocer más sobre los funcionarios públicos, así como la corrupción a nivel general y sobre todo dentro de la administración pública, esto con el fin de despertar el interés por mejorar la legislación guatemalteca en estos temas descritos.



HIPÓTESIS

La corrupción en Guatemala es una problemática que ha ido aumentando día con día, sobre todo dentro de la administración pública, iniciando desde los más altos funcionarios, es por esta razón que se hace necesaria la creación de un tipo penal que regule penas más severas especialmente para los funcionarios públicos electos democráticamente por el pueblo mediante el voto popular, este será un medio para erradicar la corrupción y además enviar un mensaje a los futuros funcionarios sobre la probidad y honestidad con la cual se deben conducir en el ejercicio del cargo siendo las máximas autoridades del Estado.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

A través del presente trabajo de investigación ha sido posible la comprobación de la hipótesis planteada, en virtud que al conocer la realidad de Guatemala y analizarse los problemas principales que existen, se puede afirmar que uno de ellos es la corrupción que actualmente embiste al país y ataca en especial a la administración pública, misma que es dirigida por funcionarios quienes en virtud del cargo que ostentan tienen en sus manos el poder y la responsabilidad de dirigir correctamente los órganos e instituciones a su cargo, fallando muchas veces a la sociedad al abusar de su autoridad cometiendo actos de corrupción viéndose afectado el Estado en general. Se ha podido determinar que los funcionarios electos democráticamente por el voto popular son los que tiene mayor responsabilidad para con el pueblo que los eligió. Estos funcionarios son superiores jerárquicamente dentro de los órganos que dirigen, siendo asimismo los que por esta razón tiene mayor oportunidad de corromperse.

En el desarrollo de la presente investigación fueron utilizados para la comprobación de la hipótesis planteada los métodos deductivo e inductivo, permitiendo poder validarla, puesto que haciendo uso de ellos han sido estudiados e integrados los hechos ocurridos con relación al tema de corrupción que ha afectado al país, siendo necesaria la creación de un tipo penal como mecanismo para erradicar la corrupción.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El Estado y la administración pública.....	1
1.1. El Estado.....	1
1.1.1. Definición.....	1
1.1.2. Origen e historia del Estado.....	3
1.1.3. Elementos del Estado.....	5
1.1.4. Formas del Estado.....	6
1.1.5. Formas de gobierno.....	9
1.1.6. Regímenes o sistemas políticos.....	11
1.2. La administración pública.....	12
1.2.1. Origen y significado del término administración.....	12
1.2.2. Definición.....	13
1.2.3. Elementos de la administración pública.....	14

CAPÍTULO II

2. Funcionarios públicos y su forma de elección	17
2.1. Origen y antecedentes históricos.....	17
2.2. Definición de funcionario público.....	17
2.3. Clases de funcionarios públicos.....	19
2.4. Formas de designación de los funcionarios públicos.....	20
2.4.1. Sistemas o formas de ingreso al servicio civil.....	20
2.4.2. Ingreso por elección.....	21
2.4.3. Ingreso por nombramiento.....	21

2.4.4. Ingreso por contrato.....	22
2.5. Quiénes pueden optar a cargos públicos.....	23
2.6. Impedimentos para optar a cargos públicos.....	23
2.7. Obligaciones de los funcionarios públicos.....	25
2.8. Responsabilidades en que incurren los funcionarios públicos.....	25
2.8.1. Responsabilidades políticas.....	26
2.8.2. Responsabilidades jurídicas.....	27
2.9. Prescripción de la responsabilidad jurídica de los funcionarios públicos según la Constitución Política de la República de Guatemala.....	29

CAPÍTULO III

3. Del derecho penal y los delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de su cargo contra la administración pública	31
3.1. Del derecho penal.....	31
3.1.1. Evolución histórica del derecho penal.....	31
3.1.2. Definición.....	35
3.1.3. Características del derecho penal.....	37
3.1.4. La ley penal.....	38
3.2. El delito.....	39
3.2.1. Definición.....	40
3.2.2. Elementos positivos del delito.....	41
3.2.3. Elementos negativos del delito.....	43
3.2.4. Sujetos del delito.....	45
3.2.5. Objeto del delito.....	45
3.2.6. Bien jurídico tutelado en el delito.....	45
3.3. Historia del derecho penal guatemalteco.....	46



3.4. De los delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de su cargo contra la administración pública.....	47
3.4.1. Capítulo II. De los delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos.....	48
3.4.2. Capítulo III. De los Delitos de Cohecho.....	49
3.4.3. Capítulo IV. De Los Delitos De Peculado Y Malversación.....	50
3.4.4. Capítulo V De Las Negociaciones Ilícitas.....	51

CAPÍTULO IV

4. La corrupción.....	53
4.1. Etimología y definición.....	53
4.2. Tipos de corrupción.....	56
4.3. Factores que promueven la corrupción.....	57
4.3.1. Factores internos.....	58
4.3.2. Factores externos.....	58
4.4. Corrupción en la administración pública.....	59
4.5. Consecuencias de la corrupción.....	62
4.6. La corrupción en Guatemala.....	65
4.7. Casos relevantes de corrupción en Guatemala.....	66

CAPÍTULO V

5. Mecanismos para erradicar la corrupción.....	73
---	----



5.1. Análisis de la corrupción a nivel mundial.....	73
5.1.1. Dinamarca.....	74
5.1.2. Singapur.....	75
5.1.3. Alemania.....	76
5.1.4. Hong Kong.....	77
5.1.5. China.....	77
5.1.6. Chile.....	78
5.2. Análisis de los tratados y convenios internacionales ratificados por la República de Guatemala en materia de corrupción.....	81
5.2.1. Convención Interamericana contra la corrupción.....	81
5.2.2. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.....	82
5.3. Propuesta de creación del tipo penal delimitado a la responsabilidad de funcionarios públicos electos por el voto popular, como forma de penalizar la corrupción.....	85
CONCLUSION DISCURSIVA.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91

INTRODUCCIÓN

Los funcionarios públicos son el elemento personal que forma parte de los organismos del Estado y desempeñan funciones administrativas, siendo trascendental determinar la importancia que tiene el estudio de estas personas así como de su responsabilidad al momento de realizar las funciones que al cargo le competen, en especial los funcionarios electos democráticamente por medio del voto popular, esta importancia radica en que del buen trabajo y desempeño de dichos agentes, así como de su probidad, depende la eficiencia y eficacia de la administración pública.

Este trabajo se realizara en virtud que la norma constitucional reviste de gran importancia a estos funcionarios que se eligen democráticamente en sufragio universal y secreto, pero penalmente no se ha tipificado la clase de responsabilidad en las que puedan incurrir, ni las penas específicas para ellos en caso cometan actos delictivos en el ejercicio de los puestos para los cuales fueron electos.

El objeto principal de la presente investigación es la creación de un tipo penal que regule penas más drásticas y severas para aquellos funcionarios, siendo estos el presidente y vicepresidente del Organismo Ejecutivo, los diputados al Congreso de la República y los alcaldes de cada municipio del país.

La legislación guatemalteca, como por ejemplo el Decreto 17-73 del Congreso de la República, no hace distinción con relación a los delitos cometidos por empleados o funcionarios públicos, así como tampoco, de los delitos cometidos por funcionarios públicos electos popularmente, de aquellos que son nombrados o designados, siendo muy necesario tipificarlos de forma distinta, en virtud del grado de responsabilidad que conlleva el cargo que cada uno desempeña, haciendo énfasis en que los funcionarios que han sido electos por el voto popular, ocupan un cargo porque la población depositó su confianza en ellos, en virtud de una campaña realizada durante varios meses, cuyo

objetivo era ganar su apoyo a través del voto, adquiriendo el compromiso de cumplir con las propuestas hechas y velar por el bien común.

El contenido de la presente tesis está dividido en cinco capítulos: el primero de ellos comprende lo relacionado al Estado y la administración pública; el segundo capítulo se titula funcionarios públicos y su forma de elección; el tercer capítulo contiene todo lo relacionado al derecho penal y los delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de su cargo contra la administración pública; el cuarto capítulo está dedicado al estudio de la corrupción en general así como casos relevantes en Guatemala. Por último, el quinto capítulo, trata de los mecanismos para combatir la corrupción, entre ellos un análisis de este fenómeno a nivel mundial, así como de los tratados y convenios suscritos por Guatemala en materia de corrupción y para finalizar, se presenta el proyecto del tipo penal enfocado a los funcionarios públicos electos por el voto popular. El desarrollo del presente trabajo fue realizado aplicando los métodos inductivo y deductivo.

Se espera con el presente trabajo de investigación, hacer un aporte al estudio de tan importantes temas como lo son los funcionarios públicos electos popularmente, así como la corrupción dentro de la administración pública, puesto que al conocer más a fondo sobre el contenido expuesto en esta tesis, es más factible despertar el interés por mejorar la legislación guatemalteca, siempre con el fin de alcanzar el objetivo principal que es el bien común.

CAPÍTULO I

1. El Estado y la administración pública

El presente capítulo aborda todo lo relacionado a dos importantes temas como lo son el Estado y la administración pública, los cuales se explican ampliamente a continuación.

1.1. El Estado

Vocablo mundialmente reconocido que se ha desarrollado a lo largo de los años puesto que es de suma importancia su estudio y conocimiento.

1.1.1. Definición

Se entiende por definición, aquel enunciado con que se precisa una palabra o concepto y señala las características generales que diferencian a una cosa; dicha lo anterior, se pueden encontrar diversas definiciones de lo que se entiende por Estado, hablando políticamente. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, Estado es:

“1. País soberano, reconocido como tal en el orden internacional, asentado en un territorio determinado y dotado de órganos de gobierno propios. 2. Forma de organización política, dotada de poder soberano e independiente, que integra la población de un territorio. 3. Conjunto de los poderes y órganos de gobierno de un país soberano”.¹

¹ <http://dle.rae.es/?id=GjqhajH>. (Consultado: 13 de mayo de 2016)

También se puede analizar la idea o concepto de Estado, partiendo desde un punto de vista más general, como el que señala que: "Es un concepto político que se refiere a una forma de organización social, económica, política, soberana y coercitiva, conformada por un conjunto de instituciones, que tienen el poder de regular la vida comunitaria nacional, generalmente solo en un territorio determinado o territorio nacional"² Como complemento de lo anterior, es importante señalar que en la actualidad, suele incluirse en la definición de Estado, el reconocimiento por parte de la comunidad internacional, como sujeto de derecho internacional.

Varios autores a lo largo de los años, han concebido al Estado de diferentes formas; asimismo, han creado diversas definiciones, como se señala a continuación: El filósofo y economista Max Weber, quien en el año 1919, define al Estado moderno como "asociación de dominación con carácter institucional, que ha tratado con éxito, de monopolizar dentro de un territorio, la violencia física legítima, como medio de dominación y con este fin, ha reunido todos los medios materiales en manos de sus dirigentes y ha expropiado a todos los seres humanos que antes disponían de ellos por derecho propio, sustituyéndolos con sus propias jerarquías supremas".

Platón, por su parte, enunció en sus diferentes tratados, que el Estado era un ente ideal; Aristóteles, lo concebía como una sociedad perfecta. Los llamados romanticistas, entre ellos Hegel y Savigny- consideraron al Estado como un Ser Espiritual; Juan Jacobo Rousseau, califica al mismo, como la asociación política libremente fundada por

² <https://es.wikipedia.org/wiki/Estado> (Consultado: 19 de mayo de 2016)

los partícipes del contrato social; Emanuel Kant, expuso al respecto, que era una reunión de hombres viviendo bajo leyes jurídicas y; finalmente, Hans Kelsen, identifica al Estado, como una ordenación de la conducta humana.³

Con base en lo expuesto, se puede concluir integrando los diferentes conceptos o definiciones que, el Estado es una forma de organización social, establecida o asentada en un territorio determinado, regida por un ordenamiento jurídico vigente y positivo, creado y aplicado por el conjunto de órganos que lo componen y que ejercen su soberanía, con el objetivo de alcanzar el bien común – y que para el caso específico de Guatemala-, el artículo 1. de la Constitución Política de la República, señala que es el fin supremo del Estado.

1.1.2. Origen e historia del Estado

A través del tiempo el Estado ha ido evolucionando constantemente, desde su concepto, hasta su forma de organización, evolución y su historia misma, el dicho del nacimiento del Estado, es muy antiguo, desde la polis griega, el imperio romano hasta el Estado Moderno. El Estado surge como respuesta a necesidades de organización y es un término reservado para un tipo particular de organización política que surge en la Edad Media.

Durante la Edad Media los individuos que, por necesidad, estaban sometidos al poder feudal, lucharon siempre, en forma más o menos visible, por su libertad y

³ Prado, Gerardo. *Teoría del Estado*. Sexta edición. Pág. 32.

aquellos que lograban escapar de las cargas señoriales acudían a las precarias ciudades que, eran consideradas "comunidades de hombres libres", a pesar de estar sometidas al dominio del rey, de esta forma fue produciéndose una centralización progresiva.⁴

Finalmente, el estado moderno incorpora a la legitimidad, heredada del feudal, la noción de soberanía, un concepto revolucionario. Pero, este estado moderno, surgido de la aspiración de los reyes de liberarse de los lazos feudales y de la jerarquía eclesiástica, el estado – nación, la unión de un poder central, un territorio y una población alrededor del concepto revolucionario de la soberanía, habría de conocer dos formas o conceptos diferentes, siendo el primero el Estado Príncipesco, mismo que se caracterizó por el poder personal ejercido uniformemente sobre un territorio estrictamente delimitado. El príncipe era el soberano, con atribuciones internas y externas. Dentro de su territorio, cobraba impuestos y producía leyes de carácter general, aplicadas coercitivamente, mediante el monopolio de la fuerza pública. Internacionalmente, representaba y obligaba a su Estado.

Asimismo el segundo concepto se refiere al Estado Democrático, surgido de las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa, el cual trasladó la soberanía del príncipe a la nación. Sus poderes fueron asumidos por organismos surgidos de consultas a la población, mediante reglas de juego previa y claramente definidas. Y al

⁴ <http://www.monografias.com/trabajos6/hises/hises.shtml#ixzz48cjEdA00> (Consultado: 22 de mayo de 2016)

igual que en las polis griegas, el sentimiento patriótico se desarrolló y con él los de pertenencia, civismo e interés nacional.

Sea que se practique la democracia o sólo se adhiera verbalmente a ella, el proceso histórico descrito ha llevado a la extensión del Estado - nación como forma política.”⁵

1.1.3. Elementos del Estado

El Estado está conformado por diferentes elementos que lo caracterizan y le dan la calidad de Estado, pudiendo ser reconocido a nivel internacional como tal; El autor Carlos Larios Ochaita, en su libro Derecho Internacional Público señala que: De conformidad con el Derecho Consuetudinario Internacional y la Convención sobre los Derechos y Obligaciones de los Estados, firmada en Montevideo el 6 de diciembre de 1933, en la VII conferencia Interamericana, en su artículo 1º. El Estado como sujeto (persona) de Derecho Internacional debe poseer las siguientes calificaciones: a) una población permanente; b) un territorio definido; c) un gobierno; y d) capacidad para establecer relaciones con otros Estados. Una nación organizada políticamente y jurídicamente debe poseer concurrentemente cuatro elementos:

1. Población: es el conjunto de personas o habitantes que residen en un lugar determinado, unidos por vínculos de idiomas, raza, costumbres y tradiciones comunes, con carácter permanente.

⁵ <https://es.wikipedia.org/wiki/Estado> (Consultado: 22 de mayo de 2016)

2. Territorio: es la circunscripción territorial dentro de la cual un Estado ejerce su soberanía. Consiste asimismo en el espacio físico o limitación geográfica específica.
3. Gobierno: es el conjunto de órganos a través de los cuales se ejerce el “poder soberano” sobre la nación y el territorio.
4. Capacidad de establecer relaciones con otros Estados: como condición del reconocimiento siendo una prueba de que llenan los requisitos anteriores.

Los elementos del Estado también pueden dividirse en: externos o materiales (previos al Estado) e internos (elementos constitutivos); dentro de los primeros encontramos a la población y el territorio, y en los internos se encuentran el poder político, público o autoridad, el ordenamiento jurídico y el fin del Estado.

1.1.4. Formas del Estado

Se refiere a la estructura misma de la organización política en su totalidad y unidad; según el autor Gerardo Prado existen dos criterios para determinar las formas del Estado, un criterio político que indica que debe tomarse en cuenta la idea de derecho que representa y sirve de impulso al poder del Estado. El segundo criterio es el jurídico y con este se hace referencia o se procede a tomar en cuenta la estructura interna del poder, ya con un titular único o a cargo de centros dispersos. Con este criterio, cabe hablar de la clasificación tradicional de los estados como simples y compuestos.

El Estado Unitario es aquella forma de Estado que ha adoptado la mayoría de organizaciones políticas del mundo. El mismo autor cita los pensamientos de Porrúa

Pérez y Naranjo Mesa, quienes señalan que el Estado simple o unitario es aquel donde la soberanía se ejercita de manera directa sobre un pueblo que está habitando un mismo territorio y que, además posee un solo centro de impulsión política y administrativa, dando lugar a hablar de: centralización administrativa y centralización política, pudiendo darse en esta forma de Estado, la descentralización misma que surge cuando las funciones del Estado son cumplidas por organismos con competencia limitada. Los atributos y funciones del poder político emanan del único titular como es el Estado; en el Estado unitario todos los individuos obedecen a una misma y sola autoridad y viven bajo un régimen constitucional, lo cual significa que se rigen por las mismas leyes. Existe un solo congreso con alcance nacional, asimismo un gobierno o administración y una Corte Suprema de Justicia constituida como máximo tribunal con jurisdicción nacional. Rige el principio de *centralización política*, que significa unidad de mando, unidad en las leyes y unidad en la justicia.

El Estado compuesto también es conocido con el nombre de colectivo. En esta forma aparecen unidos de una u otra manera dos o más Estados, sea por vínculos de política nacional o internacional, que da lugar al estudio de varias modalidades, entre las que aparecen el Estado Federal, la Confederación de Estados, la Unión Real, la Unión Personal y los Estados sui generis.⁶

- a) Estado Federal: está formado por un conjunto de Estados miembros, que están sometidos a un poder central único, pero conservan su propia autonomía, permanecen unidos por los preceptos constitucionales y subordinados a la

⁶ Prado, Gerardo. *Op. Cit.* Pág. 99

soberanía del Estado superior, que han creado al unirse. La soberanía se ejerce sobre los Estados miembros y de manera directa sobre los ciudadanos.⁷

- b) Confederación de Estados: es una asociación de carácter internacional con los distintivos de permanente y orgánicamente constituida. Surge generalmente por acuerdo entre varios Estados superiores que convienen su unión, pero sin formar un nuevo Estado superior a las partes confederadas.
- c) Unión Real: esta forma de Estado surge cuando dos o más Estados monárquicos tienen un solo rey que gobierna y en virtud de un tratado, crean órganos comunes de gobierno.
- d) Unión Personal: en esta forma de Estado, el poder está en manos de un mismo soberano, cada Estado miembro conserva su propia forma constitucional. Asimismo con en la Unión Real no se crea un Estado nuevo, sino que se asocian dos o más Estados.
- e) Estados sui generis: tienen un género muy propio debido a la manera en que están integrados.

⁷ *Ibíd.* Pág. 100

1.1.5. Formas de gobierno

Las formas de gobierno hacen referencia al modelo de organización del poder constitucional que adopta un Estado en función de la relación existente entre los distintos poderes. Es la manera en la que se estructura el poder político para ejercer su autoridad en el Estado, coordinando todas las instituciones que lo forman, hace que cada forma de gobierno precise de unos mecanismos de regulación que le son característicos. Estos modelos políticos varían de un estado a otro y de una época histórica a otra. Su formulación se suele justificar a diferentes causas, pero siempre como plasmación política de un proyecto ideológico.

a) Monarquía: Las monarquías son sistemas de gobierno en que la jefatura del estado es personal, vitalicia y designada según un orden hereditario (monarquía hereditaria), pero también como consecuencia de la evolución en las formas de gobierno, se habla de monarquía absoluta, en la cual el monarca ocupa una posición superior a la Constitución y es el único titular de la soberanía; contraria a la anterior encontramos a la monarquía constitucional, en la cual el monarca está sometido a las normas de la Constitución y la ley. Asimismo debemos mencionar la subdivisión de este tipo de monarquía, la cual se divide en: monarquía constitucional pura, donde el monarca tiene a su cargo directamente la soberanía, o de monarquía parlamentaria, donde los ministros designados por el Parlamento ejercen esa soberanía y responden ante el mismo órgano.⁸

⁸ *Ibíd.* Pág. 111

- b) Republica: La república es la forma de gobierno que se caracteriza por ser contraria a la monarquía, puesto que el jefe del Estado no es un monarca, sino un ocupante del cargo público quien no tiene derecho por sí mismo a ejercerlo, sino que lo ha obtenido mediante un procedimiento de elección pública, es temporal y está sometido al escrutinio público.
- c) Parlamentario: es un sistema en el cual un primer ministro es el jefe activo del poder ejecutivo de gobierno y también el líder de la legislatura, el Presidente solo tiene funciones de Jefe de Estado. El autor Vladimiro Naranjo Mesa, señala en su obra Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, que este sistema “es aquel en el cual el Ejecutivo está dividido en dos elementos: un jefe de Estado y un jefe de gobierno, siendo este último, junto con su gabinete, responsable políticamente ante el parlamento, el cual tiene las facultades para revocar su mandato o puede ser disuelto por el gobierno”.
- d) Presidencialista: este es un sistema de gobierno en el cual la Constitución establece una división de poderes entre el poder Ejecutivo, el poder Legislativo, poder Judicial, y el Jefe de Estado, además de ostentar la representación formal del país, es también parte activa del poder ejecutivo, como Jefe de Gobierno, ejerciendo así una doble función, porque le corresponden facultades propias del Gobierno, siendo elegido de forma directa por los votantes y no por el Congreso o Parlamento.

e) Semipresidencialista: En este sistema semipresidencial, hay por lo general tanto presidente, quien es elegido mediante el voto popular, como un primer ministro, elegido y nombrado por el poder legislativo. En tal sistema, el presidente tiene la autoridad genuina ejecutiva, a diferencia de en una república parlamentaria, pero parte del papel del jefe del gobierno es ejercido por el primer ministro.

1.1.6. Regímenes o sistemas políticos

Es el conjunto de instituciones que regulan la lucha por el poder y su ejercicio, y de los valores que sustentan esas instituciones. Es la estructura organizadora del poder, que establece los criterios de selección de los integrantes de la clase dirigente y asigna los roles en ella. También es el conjunto de normas y procedimientos para el acceso y el manejo del poder. Teóricamente, es la voluntad política del pueblo quien erige al régimen político, pero también es cierto que la estructura del régimen condiciona la formación de la voluntad política.⁹

Dentro de estos regímenes políticos encontramos los siguientes:

a) Democracia liberal: es una forma de gobierno que consiste en una democracia representativa donde la capacidad de los representantes electos para la toma de decisiones políticas, se encuentra sujeta al Estado de derecho y normalmente moderada por una Constitución que la regula en la protección de los derechos, libertades individuales y colectivas. Estableciendo esta Constitución

⁹ <http://www.eumed.net/diccionario/definicion.php?dic=3&def=461> (Consultado:25 de mayo de 2016)

restricciones tanto a los líderes demócratas como a la ejecución de las voluntades de una determinada mayoría social dentro de esa democracia liberal.¹⁰

b) No democracia: estos sistemas están relacionados con la elección de las autoridades que se realizan sin seguir los lineamientos de las elecciones populares de forma democrática, en la cual es la población quien elige a sus gobernantes; entre estos sistemas se encuentran la Autocracia, Aristocracia y Teocracia.

1.2. La administración pública

El tema de la administración pública ha sido ampliamente estudiado y a continuación se desarrolla lo más importante, con el objeto de comprender de mejor manera este punto.

1.2.1 Origen y significado del término administración

Jorge Mario Castillo González en su libro de Derecho Administrativo da a conocer lo que significa etimológicamente la palabra administración señalando que “administración es una palabra que proviene del latín “administracione” que significa acción de “administrar”, palabra que por su parte se descompone en “ad” y “ministrare” que significa “servir”; en consecuencia señala el autor que administración es la acción o actividad que busca servir a los habitantes del Estado para realizar el bien común.

¹⁰ https://es.wikipedia.org/wiki/Democracia_liberal (Consultado: 25 de mayo de 2016)

La administración es la ciencia social que tiene por objeto el estudio de las organizaciones y la técnica encargada de la planificación, organización, dirección y control de los recursos (humanos, financieros, materiales, tecnológicos, del conocimiento, etc.) de una organización, con el fin de obtener eficiencia o máximo beneficio posible; este beneficio puede ser social, económico o estratégico, dependiendo de los fines perseguidos por dicha organización.¹¹

1.2.2. Definición de administración pública

El mismo autor en la obra ya citada nos da una definición de lo que es administración pública señalando que “es la actividad que busca servir a los habitantes del Estado realizando el bien común, y dicha actividad la llevan a cabo funcionarios y empleados trabajando eficientemente las funciones administrativas”¹²

Por su parte el autor Hugo Haroldo Calderón, en su libro de Derecho Administrativo I, define a la administración pública como: “el conjunto de Órganos Administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin (Bienestar General), a través de los Servicios Públicos (que es el medio de que dispone la Administración Pública para lograr el bienestar General), regulada en su estructura y funcionamiento, normalmente por el Derecho Administrativo”.

¹¹ <https://es.wikipedia.org/wiki/Administraci%C3%B3n> (Consultado: 25 de mayo de 2016)

¹² Castillo González. Op. Cit. Pág. 104.

Una definición más amplia nos explica lo siguiente: La administración pública está conformada por un conjunto de instituciones y de organizaciones de carácter público que disponen de la misión de administrar y gestionar el Estado y algunos entes públicos.

Esas instituciones u organizaciones se encuentran dirigidas por individuos y cuentan con una planta de personal notable que facilita el funcionamiento de las diversas áreas en las que normalmente se encuentra dividida.

Al tratarse de una administración pública le corresponde hacer de nexo directo entre los ciudadanos y el poder político de turno y por supuesto atender y satisfacer todas las demandas que los ciudadanos puedan acercar.

En base a lo anterior podríamos decir que a la administración pública le compete todo aquello que implique el orden público. Cabe destacarse que es el poder ejecutivo nacional quien la regula y también existen algunos organismos especiales que se ocupan de ejercer su control.¹³

1.2.3. Elementos de la administración pública

Entre los elementos más importantes de la administración pública según el autor Hugo Calderón, se pueden mencionar los siguientes:

¹³ <http://www.definicionabc.com/politica/administracion-publica.php> (Consultado: 10 de febrero de 2017)

- a) El órgano administrativo: son todos aquellos órganos que pertenecen a la administración pública y que son el medio o el conducto por medio del cual se manifiesta la personalidad del Estado.

- b) Actividad administrativa: Esta se desarrolla a través de la presentación de los servicios públicos a los cuales está obligada la administración para cubrir su finalidad.

- c) Finalidad: Bien común o “bienestar general” de toda la población en general, elemento no solo doctrinario sino constitucional, expresado dentro del artículo uno que establece que el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia y su fin supremo es el bien común.

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



CAPÍTULO II

2. Funcionarios públicos y su forma de elección

El presente capítulo contiene todo lo relacionado con los funcionarios públicos, quienes juegan un papel fundamental dentro de la administración del Estado, asimismo existen diversas formas de elección, las cuales son importantes de conocer y desarrollar.

2.1. Origen y antecedentes históricos

El término funcionario tiene su origen en el latín. Proviene de *functio*, *functionis* cuyo significado es ejecución, cumplimiento, ejercicio, desempeño. Esa palabra a su vez está formada por *functus*, supino de *fungor*, *fungi*, *functus sum* que es desempeñar, cumplir con, ejercer un cargo del Estado. A esa raíz *func-*, se le agrega el sufijo *-tio(n)* que indica acción y efecto, más el sufijo *-arius* que denota lugar. Puede considerarse entonces que el concepto etimológico de este vocablo es el que ejerce la acción y efecto de un cargo del Estado.¹⁴

2.2. Definición de funcionario público

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al funcionario público como: “La persona que desempeña profesionalmente un empleo público”¹⁵

“Es aquel que, en virtud de una designación especial y legal (por decreto ejecutado o por elección) y de manera continua, bajo formas de y condiciones determinadas en una

¹⁴ <http://quees.la/funcionario/> (Consultado: 13 de febrero de 2017)

¹⁵ <http://dle.rae.es/?id=IbXs5CG> (Consultado: 15 de febrero de 2017)

delimitada esfera de competencias, constituye o concurre a constituir o a expresar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea un acto jurídico o un acto social¹⁶

De conformidad con los Artículos 3 y 4 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de funcionarios y empleados públicos, decreto 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala, se define al funcionario público como: "todas aquellas personas investidas con funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, especialmente los dignatarios, autoridades, funcionarios y empleados públicos que por elección popular, nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo presten sus servicios al Estado, sus organismos, los municipios, sus empresas y entidades descentralizadas y autónomas".

La ley específica que regula las relaciones en la administración pública es la Ley de Servicio Civil, decreto 1748 del Congreso de la República, y en el Artículo 4 define al servidor público como: "la persona individual que ocupa un puesto en la Administración Pública, en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo legalmente establecido, mediante el cual queda obligada a prestarle sus servicios o ejecutarle una obra personalmente a cambio de un salario, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata de la propia Administración Pública".

El reglamento de la Ley de Servicio Civil, Acuerdo gubernativo 18-98 del presidente de la República de Guatemala, preceptúa lo relacionado a funcionario y empleado público,

¹⁶ Bielsa, Rafael. **Derecho Administrativo**, los Agentes de la Administración Pública, Funcionarios y Empleados Públicos. El Dominio Público. Página. 4

regulado en el Artículo 1 (reformado por el Artículo 1 del Acuerdo Gubernativo 128-2002), el cual establece: “Funcionario público, es la persona que ocupa un cargo o puesto en virtud de elección popular o nombramiento conforme a las leyes correspondientes, por el cual ejerce mando, autoridad, competencia legal y representación de carácter oficial de la dependencia o entidad estatal correspondiente y se le remunera con un salario”.

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

De conformidad con las Normas de ética del Organismo Ejecutivo, Acuerdo Gubernativo 197-2004, un Funcionario Público es “Quien por disposición de la ley, por elección popular o legítimo nombramiento ejerce cargo o autoridad, calidad, jurisdicción o representación, de carácter oficial”.

2.3. Clases de funcionarios públicos

a) Funcionarios Públicos Superiores. Encargados de gobernar y tomar decisiones políticas además son superiores en jerarquía. Ejemplo. El Presidente de la República.



b) **Funcionarios Públicos Intermedios:** Regularmente son funcionarios de confianza y pueden ser nombrados o destituidos en cualquier momento, son los que coordinan y controlan la ejecución de planes, programas y proyectos de la Administración Pública. Ejemplo: Secretarios de la Presidencia, Ministro y Viceministros de Estado. Directores Generales.

c) **Funcionarios Públicos Menores:** también llamados empleados o servidores públicos, burócratas, son los ejecutores de la actividad administrativa, permanecen dentro del Servicio Civil más tiempo y hacen carrera administrativa, regularmente son nombrados por oposición, salvo los meros operativos, se rigen principalmente por la Ley del Servicio Civil.¹⁷

2.4. Formas de designación de los funcionarios públicos

A continuación se desarrollan las diversas formas que existen en Guatemala para la elección y designación de los funcionarios públicos.

2.4.1. Sistemas o formas de ingreso al servicio civil

Según la ley del Servicio Civil, decreto 1748 del Congreso de la República de Guatemala, hay 3 formas de ingreso al servicio civil siendo las siguientes:

a) **Servicio exento,** regulado en el artículo 32, el cual no está sujeto a las disposiciones de dicha ley.

¹⁷ Godínez Bolaños, Rafael. **La Relación Funcional.** Página 2.

- b) Servicio sin oposición, regulado en el artículo 33, el cual comprende los puestos de asesores técnicos, asesores jurídicos y directores de hospitales; el mismo artículo señala que los miembros de este servicio están sujetos a todas las disposiciones de la ley, excepto a aquello referente a nombramiento y despido.
- c) Servicio por oposición, regulado en el artículo 34, mismo que incluye a los puestos no comprendidos en los servicios arriba mencionados y que aparezcan específicamente en el Sistema de Clasificación de Puestos del Servicio por Oposición que establece dicha ley.

Según el autor Rafael Godínez Bolaños, los funcionarios menores y la mayoría de funcionarios intermedios, ingresan a la carrera administrativa mediante examen de oposición y cuando se trata de funcionarios superiores y funcionarios intermedios exentos de examen de oposición, ingresan mediante elección, nombramiento o contrato.

2.4.2. Ingreso por elección

Este sistema de ingreso a la administración pública es en el cual una persona es elegida democráticamente por el voto popular de la totalidad de la población o un sector del país, los funcionarios son electos para un período determinado dentro del cual ellos van a desempeñar las funciones inherentes al cargo para el cual fueron electos.

2.4.3. Ingreso por nombramiento

Consiste en la designación directa, por parte de la autoridad administrativa, de la persona que actuará como funcionario o empleado en el ejercicio de un cargo.



Constituye el procedimiento general o común de ingreso a la función o al empleo público.

El nombramiento puede responder a tres modalidades: discrecional, condicionado o estricto o también conocido como reservado.

- a) Discrecional: cuando existe libertad completa para la designación de los funcionarios, quienes deben llenar los requisitos exigidos por la ley;
- b) Condicionado: cuando la designación debe sujetarse a ciertas formalidades, como lo serían las condiciones que debe llenar el candidato, la del concurso o la elección dentro de varios candidatos;
- c) Estricto o reservado: cuando la designación debe hacerse entre determinadas personas y se elige a la que gana el examen de oposición con el mejor puntaje.

2.4.4. Ingreso por contrato

También es posible contratar profesionales y técnicos para asesorías, consultorías y planificación, sin necesidad de examen de oposición. El contrato es por plazo determinado y perciben honorarios, sin otro tipo de prestación, pues no se les considera como trabajadores permanentes del Estado. En algunos casos se producen estos contratos, mediante el sistema de selección entre varios candidatos, con base en su expediente personal y experiencia o con base en un examen de oposición.¹⁸

¹⁸ **Ibíd.** Pág. 6

2.5 Quiénes pueden optar a cargos públicos

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 113, establece que los guatemaltecos tienen derecho a optar a empleos o cargos públicos y para otorgárselos no se atenderán más que a razones fundadas en méritos de capacidad, idoneidad y honradez; de igual forma, el Artículo 112 del mismo cuerpo legal señala la prohibición de desempeñar más de un cargo público, estableciendo que ninguna persona puede desempeñar más de un cargo público remunerado, haciendo la excepción de quienes prestan servicios docentes o instituciones asistenciales y siempre que haya compatibilidad en los horarios.

Asimismo la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 15 establece que los ciudadanos guatemaltecos que no tengan impedimento legal y que reúnan las calidades necesarias, tienen derecho a optar a cargos y empleos públicos de conformidad con la ley. Para su otorgamiento no se atenderá más que a razones de fundadas de méritos de capacidad, idoneidad y honradez.

2.6. Impedimentos para optar a cargos públicos

Continuando con la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, misma que en su Artículo 16 regula que no podrán optar al desempeño de cargo o empleo público quienes tengan impedimento de conformidad con la leyes

específicas y en ningún caso quienes no demuestren fehacientemente los méritos de capacidad, idoneidad y honradez.

De igual forma regula otros impedimentos los cuales son:

- a) Quienes no reúnan las calidades y requisitos requeridos para el ejercicio del cargo o empleo de que se trate;
- b) Quienes habiendo recaudado, custodiado o administrado bienes del Estado, no tengan su constancia de solvencia o finiquito de la institución en la cual prestó sus servicios y de la Contraloría General de Cuentas;
- c) Quienes hayan renunciado o perdido la nacionalidad guatemalteca;
- d) Quienes no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos o hayan sido inhabilitados para ejercer cargos públicos;
- e) Quienes hubieren sido condenados por los delitos de enriquecimiento ilícito, narcotráfico, secuestro, asesinato, defraudación tributaria, contrabando, falsedad, aprobación indebida, robo, hurto, estafa, prevaricato, alzamiento de bienes, violación de secretos, delitos contra la salud, delitos contra el orden institucional, delitos contra el orden público, delitos contra la administración pública, delitos de cohecho, delitos de peculado y malversación, delitos de negociaciones ilícitas, aun cuando fueren penados únicamente con multa, en tanto no hayan cumplido las penas correspondientes y en ningún caso mientras no transcurran cinco años de ocurrido el hecho;

- f) Quienes hubieren sido condenados por delito de acción pública distintos de los enunciados en el inciso e) de este artículo, en tanto no hayan cumplido las penas correspondientes y en ningún caso mientras no transcurran cinco años de ocurrido el hecho.
- g) El ebrio consuetudinario y el toxicómano; y,
- h) El declarado en quiebra, mientras no obtenga su rehabilitación.

2.7. Obligaciones de los funcionarios públicos

De conformidad con el Artículo 7 de la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos, “los funcionarios públicos, conforme los denomina el Artículo 4 de esta ley, están obligados a desempeñar los deberes, atribuciones, facultades y funciones con estricto apego a la Constitución Política de la República y las leyes. En consecuencia, están sujetos a responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal por las infracciones, omisiones, acciones, decisiones y resoluciones en que incurrieren en el ejercicio del cargo”.

2.8. Responsabilidades en que incurren los funcionarios públicos

De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española (RAE), hace referencia al compromiso u obligación de tipo moral que surge de la posible equivocación cometida por un individuo en un asunto específico. La responsabilidad es, también, la

obligación de reparar un error y compensar los males ocasionados cuando la situación lo amerita.

Según el autor Emilio Fernández Vásquez, la responsabilidad de los Funcionarios Públicos “Es el vínculo que crea la relación del empleo público entre la administración y el funcionario o empleado público, implicando derechos y deberes”.

Las responsabilidades en que incurren los funcionarios públicos surgen de los actos que éstos realizan en nombre del Estado.

El Artículo 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que los funcionarios públicos son depositarios de la autoridad, responsables legalmente de la conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella.

Según el autor Rafael Godínez Bolaños, las responsabilidades pueden ser políticas y jurídicas.

2.8.1. Responsabilidades políticas

La responsabilidad política surge de las decisiones que toman los funcionarios públicos superiores, encargados de gobernar cuando van en contra de los principios constitucionales y los intereses generales. Este tipo de responsabilidad se deduce mediante el llamado juicio político o interpelación en el Congreso de la República,

mismo que se encuentra regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala y en la Ley Orgánica del Organismo Legislativo.

2.8.2. Responsabilidades jurídicas

La Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos regula en el Artículo 4 a los sujetos de responsabilidad y señala que “Son responsables de conformidad con las normas contenidas en esta 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: 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”

Asimismo dicho cuerpo legal en su Artículo 7 establece que “los funcionarios públicos están obligados a desempeñar sus deberes, atribuciones, facultades y funciones con estricto apego a la Constitución Política de la República de Guatemala y las leyes. En consecuencia están sujetos a responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal por las infracciones, omisiones, acciones, decisiones y resoluciones en que incurrieren en el ejercicio de su cargo”



a) Responsabilidad administrativa

Este tipo de responsabilidad se encuentra regulada en el Artículo 8 del Decreto 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala y señala que se da “cuando la acción u omisión contraviene el ordenamiento jurídico administrativo y las normas que regulan la conducta del funcionario público, asimismo cuando se incurriere en negligencia, imprudencia o impericia o bien incumpliendo leyes, reglamentos, contratos y demás disposiciones legales a la institución estatal ante la cual están obligados o prestan sus servicios, además, cuando no se cumplan con la debida diligencia las obligaciones contraídas o funciones inherentes al cargo, así como cuando por acción u omisión se cause perjuicio a los intereses públicos que tuviere encomendados y no ocasionen daños o perjuicios patrimoniales, o bien se incurra en falta o delito”

b) Responsabilidad civil

Según el Artículo 9 del Decreto mencionado anteriormente, la responsabilidad civil surge cuando la acción u omisión que con intención o por negligencia, imprudencia, impericia, o abuso de poder, se cometa en perjuicio y daño del patrimonio público. Los daños y perjuicios provenientes de la responsabilidad civil se harán efectivos con arreglo al Código Civil y demás disposiciones legales vigentes sobre la materia, salvo que la acción civil se decide dentro de la acción penal en forma conjunta.

c) Responsabilidad penal

Se encuentra regulada en el Artículo 9 del cuerpo legal ya citado, mismo que establece que: “Genera responsabilidad penal la decisión, resolución, acción u omisión realizada



por los funcionarios públicos que regula dicha ley y que, de conformidad con la ley penal vigente, constituyan delitos o faltas”. Este tipo de responsabilidad es la más importante para los efectos de la presente tesis, puesto que va dirigida a la importancia de los funcionarios públicos dentro de la administración, así como la importancia de la probidad de los mismos en el ejercicio de sus cargos, evitando incurrir en la comisión de delitos o faltas que generan la desestabilización de la administración y el cumplimiento de los fines del Estado.

Nuestro ordenamiento jurídico regula varios delitos en contra de la administración pública, mismos que serán detallados más adelante; dichas acciones atentan contra el estado de derecho, especialmente si son cometidas por funcionarios, quienes según la Constitución Política de la República de Guatemala, son depositarios de la autoridad, que están al servicio del Estado, sujetos a la ley y jamás superiores a ella.

El Reglamento de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, Acuerdo Gubernativo número 613-2005, en su Artículo 24 regula que el servidor público que administre o no fondos públicos en el ejercicio de sus funciones y que incurra en la responsabilidad penal regulada en el Artículo 10 de la Ley, será objeto de denuncia ante el Ministerio Público para la investigación e instauración del juicio penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda, presentando las pruebas pertinentes.

2.9. Prescripción de la responsabilidad jurídica de los funcionarios públicos según la Constitución Política de la República de Guatemala

Según el Artículo 155 de la Constitución Política de la República de Guatemala la responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos, podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término es de veinte años; el autor Godínez Bolaños señala que la norma no establece en que momento debe empezar a correr la prescripción, generalmente corre a partir del momento del acto que dio lugar a la responsabilidad, pero a su criterio la prescripción debe iniciarse a partir del momento en que dejan el último cargo público, esto con el objeto de evitar que dichos funcionarios obtengan un fallo favorable debido a las influencias que puedan tener como ex funcionarios.

Continuando con el Artículo 155 arriba mencionado, la responsabilidad penal o criminal como la regula la Constitución, se extingue por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena.

CAPÍTULO III

3. Del Derecho penal y los delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de su cargo contra la administración pública

Este capítulo tiene como objeto desarrollar temas importantes con relación al derecho penal en general y especialmente lo relacionado a los delitos que pueden ser cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, teniendo como consecuencia el incremento de la corrupción dentro de la administración pública.

3.1. Del derecho penal

Rama del derecho que es una de las más antiguas, así como de las más importantes para la humanidad, que ha evolucionado siempre con el fin de alcanzar los valores fundamentales del hombre.

3.1.1. Evolución histórica del derecho penal

Para estudiar y tratar el tema del derecho penal en la actualidad, así como su función y aplicación en la sociedad, es necesario investigar y conocer el origen del mismo, las diferentes etapas que existieron y la evolución que ha tenido esta rama del Derecho.

Los autores De León Velasco y De Mata Vela, en su obra ya citada, señalan que el Derecho Penal es tan antiguo como la humanidad misma, ya que son los hombres los únicos protagonistas de esta disciplina, de tal manera que las ideas penales han evolucionado a la par de la sociedad.



Esta evolución se ha ido dando con el actuar del hombre en la sociedad, debido a sus formas de expresión y la exteriorización de su voluntad, misma que se fue limitando por las normas impuestas por el Estado, cuando dichas conductas representaban un peligro, una vulneración, un riesgo o una lesión a un bien jurídico tutelado, causando así una inestabilidad dentro de la sociedad.

Debido a lo anterior, históricamente se fueron creando y adoptando diversas formas de castigo o sanciones con el objeto de hacer justicia, reestablecer y mantener así la estabilidad y seguridad en la sociedad, de esta forma surgieron las diferentes épocas, siendo las más importantes las siguientes:

a) Época de la venganza privada

También conocida como venganza de la sangre o época bárbara, la cual surgió cuando el Estado no se encontraba organizado y no existía un ordenamiento jurídico que regulara las conductas de los hombres dentro de la sociedad, razón por la cual cada individuo se hacía justicia por su propia mano, dando origen según Cuello Calón, -citado por De León Velasco y De Mata Vela, en la obra ya señalada-, a graves males, a sangrientas guerras privadas que produjeron el exterminio de numerosas familias, ya que los vengadores al ejercitar su derecho no reconocían limitación alguna y causaban al ofensor o a su familia todo el mal posible.

Debido a las prácticas desmedidas de los vengadores al hacer justicia, surgió la Ley del Talión, como forma de atenuar y reducir dichos abusos, esta ley consistía en que no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima -ojo por ojo,

diente por diente- reconociendo así el grupo o la colectividad que el ofendido solo tenía el derecho a una venganza de igual magnitud al mal sufrido. Además la ley del Tali3n aparece como otra limitaci3n de la venganza privada, y tambi3n “la composici3n” a trav3s de la cual el ofensor o su familia entregaban al ofendido y los suyos cierta cantidad para que 3stos no ejercitaran el derecho de venganza. ¹⁹

b) 3poca de la venganza divina

En esta etapa evolutiva del derecho penal, la justicia represiva es manejada generalmente por la clase sacerdotal, siendo ellos los que hacen justicia en el nombre de Dios, juzgando en su nombre, tomando el papel de entes soberanos con poder para imponer sanciones a aquellos que vayan en contra de los intereses de la colectividad.

c) 3poca de la venganza p3blica

Siguiendo con los autores citados, esta etapa constituye uno de los episodios m3s sangrientos del derecho penal europeo, puesto que el poder p3blico (representado por el Estado), ejerce la venganza en nombre de la colectividad o de los individuos cuyos bienes jur3dicos han sido lesionados o puestos en peligro, convirti3ndose as3 en una verdadera venganza p3blica que lleg3 a excesos, como la aplicaci3n de penas inhumanas y totalmente desproporcionadas en relaci3n con el da3o causado, la pena era sin3nimo de tormento y se castigaba con severidad y crueldad. La pena para ciertos delitos trascend3a a los descendientes del reo y ni la tranquilidad de las tumbas se

¹⁹ De Le3n Velasco y De Mata Vela. Op. Cit. P3g. 14

respetaba, pues se desenterraban los cadáveres y se les procesaba; también se debe mencionar que en esta etapa reinaba una completa desigualdad puesto que a los nobles y poderosos se les imponían las penas más suaves y era objeto de una protección eficaz, para los plebeyos y los siervos se reservaban los castigos más duros; todo esto se debía a que dominaba una completa arbitrariedad, los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos.²⁰

d) Período humanitario

Esta etapa surge como consecuencia de la época de la venganza pública, que como se señaló anteriormente fue considerada la más sangrienta del derecho penal, comienza a finales del siglo XVIII con su máximo precursor, el milanés César Bonnensana, el Marqués de Beccaria, quien publicó su libro *De los Delitos y de las Penas*, en 1774, en la cual se pronunció abiertamente contra el tormento de la pena para castigar los delitos cometidos; el fin de las penas dijo, no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido, el fin no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer a los demás a la comisión de otros iguales; luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo. Se dice que Beccaria tiene el mérito de haber cerrado la época antigua del derecho penal, y de abrir la denominada: edad de oro del derecho penal.

²⁰ *Ibíd.* Pág. 16

e) Etapa científica

Inició con la obra del Marqués de Beccaria, en este período, el derecho penal sufre una profunda transformación a causa de la irrupción de las ciencias penales, se deja de considerar el delito como una entidad jurídica para convertirse en una manifestación de la personalidad del delincuente, la pena deja de tener un fin puramente retributivo y se convierte en un medio de corrección social o defensa social. Luego de esta etapa surge el derecho penal autoritario, producto de la aparición de regímenes políticos totalitarios cuya principal característica era proteger al Estado por lo cual los delitos de tipo político fueron considerados como infracciones de especial gravedad y castigados severamente.

f) Época moderna

Actualmente existe unicidad de criterio de toda la doctrina en cuanto a que el derecho penal es una ciencia eminentemente jurídica, para tratar los problemas relativos al delito, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad; mientras que las ciencias penales o criminológica, que tienen el mismo objeto de estudio, lo hacen desde un punto de vista antropológico y sociológico.²¹

3.1.2. Definición

El derecho penal suele estudiarse y definirse en forma bipartita, en primer lugar desde el punto de vista subjetivo y en segundo lugar desde el punto de vista objetivo:

²¹ *Ibíd.* Pág. 18

- a) Desde el punto de vista subjetivo: También conocida como *Jus Puniendi*, es la facultad de imponer penas que tiene el Estado como único ente soberano; es el derecho del Estado a determinar los delitos, señalar imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso.
- b) Desde el punto de vista objetivo: También conocida como *Jus Poenale*, es el conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado; determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a su vez como un dispositivo legal que limita la facultad de castigar del Estado, a través del principio de legalidad, de defensa o de reserva.²²

“El derecho penal sustantivo o material es un conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y/o las medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometan”.²³

Luis Jiménez de Asúa da su propia definición de lo que es derecho penal combinando los elementos de éste desde el punto de vista subjetivo con los del punto de vista objetivo. Señalando que el derecho penal es: “un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.”²⁴

²² *Ibíd.* Pág. 4.

²³ *Ibíd.* Pág. 4.

²⁴ Jiménez de Asúa, Luis. **Tratado de derecho penal.** Pág. 31

3.1.3. Características del derecho penal

- a) Es una ciencia social y cultural: se dice que el derecho penal es una ciencia social, cultural o del espíritu, debido a que no estudia fenómenos naturales entrelazados por la causalidad, sino regula conductas en atención a un fin considerado como valioso; es pues una ciencia del deber ser y no del ser.
- b) Es normativo: El derecho penal está compuesto por normas que son preceptos que contienen mandatos o prohibiciones encaminadas a regular la conducta humana es decir el deber ser de las personas dentro de na sociedad jurídicamente organizada.
- c) Pertenece al derecho público: El Estado es el único titular del derecho penal y por tanto solamente a él corresponde la facultad de determinar los delitos, establecer las penas o medidas de seguridad que correspondan.
- d) Es de carácter positivo: Porque es fundamentalmente jurídico, ya que el derecho penal vigente es solamente aquel que el Estado ha promulgado con ese carácter.
- e) Valorativo: El derecho penal está subordinado a un orden valorativo en cuanto que califica los actos humanos con arreglo a una valoración y la acción de valorar la conducta de los hombres es tarea fundamental del juez penal.
- f) Es finalista: Es una ciencia teleológica, su fin primordial es resguardar el orden jurídicamente establecido a través de la protección contra el crimen.
- g) Es fundamentalmente sancionador: Es característica del derecho penal castigar, reprimir e imponer una pena de carácter retributivo a la comisión de un delito, y se

hablaba que la pena era la única consecuencia del delito. El derecho penal no puede dejar de ser sancionador porque jamás podrá prescindir de la aplicación de la pena, aún y cuando existan otras consecuencias del delito.

- h) Es preventivo y rehabilitador: Con la aparición y el surgimiento de las medidas de seguridad se da paso a una nueva característica del derecho penal, la de ser preventivo, rehabilitador, reeducador y reformador del delincuente. Además de sancionar, el derecho penal debe pretender la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente.
- i) Fragmentario: también llamado subsidiario y de intervención mínima. Se dice que es fragmentario porque el derecho penal es solamente una parte de los medios de control con el que el Estado cuenta en su lucha contra el delito. La característica de subsidiario es porque se debe utilizar únicamente en caso de que los demás medios de control social no hayan servido para neutralizar las conductas antisociales, con esto se da a entender que el derecho penal debe ser un último recurso del Estado contra la agresión delictiva.

3.1.4. La ley penal

“La ley penal es la única norma que puede establecer las conductas delictivas y sus penas, cumpliendo una función de garantía de los ciudadanos, pues el monopolio de la ley -con todos sus requisitos materiales y formales- satisface las exigencias constitucionales de seguridad jurídica y de certeza propias del Estado de derecho. Así pues, sólo la ley como norma de carácter general y estricta emanada del poder

legislativo puede establecer delitos, penas o medidas de seguridad, y, por tanto, toda la teoría de las fuentes del derecho penal tiene su base en el principio de *nullum crimen nulla poena sine lege* (principio de legalidad)²⁵

La ley penal también se puede definir como aquella disposición por virtud de la cual el Estado crea Derecho con carácter de generalidad, estableciendo las penas correspondientes a los delitos que define.

Palacios Motta –citado por De León Velasco y De Mata Vela- la entiende como el conjunto de normas jurídicas que definen los delitos y las faltas, determinan las responsabilidades o las exenciones y establecen las penas o medidas de seguridad, que corresponden a las figuras delictivas.

3.2. El Delito

A lo largo de la historia el término delito ha recibido diversas connotaciones, así como muchas definiciones, actualmente en el derecho penal moderno se habla de: delito, ilícito penal, crimen, hecho o acto punible, conducta delictiva, infracción penal, hecho o acto antijurídico, o hecho criminal.

Según la técnica moderna existen dos sistemas para el estudio de esta terminología: el sistema bipartito que emplea un solo término para las transgresiones a la ley penal graves o menos graves, utilizándose la expresión Delito; y en el segundo sistema se

²⁵ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/ley-penal/ley-penal.htm> (Consultado:27 de marzo de 2017)

emplea el término Falta o Contravención para designar las infracciones leves, castigadas con menor penalidad que los delitos o crímenes. Analizando la estructura del Código Penal guatemalteco se puede afirmar que se ajusta al sistema bipartito, toda vez que clasifica las infracciones a la ley penal en delitos y faltas.²⁶

3.2.1. Definición

Según el autor Francisco Muñoz Conde, “delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto como consecuencia del principio nullum crimen sine lege”²⁷

Luis Jiménez de Asúa, señala que: “El delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo a ella”.

La definición de delito más aceptada hasta el momento es la aportada por el movimiento técnico-jurídico, en la primera mitad del presente siglo: Acción típicamente antijurídica, culpable y amenazada con una pena.²⁸

En base a lo anterior se puede concluir que el delito es una acción o conducta humana, positiva o negativa, típica, antijurídica, culpable y punible, que es imputada a un

²⁶ De León Velasco y De Mata Vela. **Op. Cit.** Pág. 114

²⁷ Muñoz Conde, Francisco, **Teoría general del delito**, pág. 1.

²⁸ De León Velasco y De Mata Vela. **Op. Cit.** Pág. 125

responsable, en ocasiones sometida a condiciones objetivas de punibilidad, y que tiene como consecuencia la imposición de una pena o medida de seguridad según corresponda.

3.2.2. Elementos positivos del delito

Los elementos característicos del delito se dividen en positivos y negativos, siendo los primeros aquellos que deben concurrir en toda conducta para que esta pueda ser considerada como delito y son los siguientes:

- a) La acción o conducta humana: es un comportamiento derivado de la voluntad y la voluntad implica siempre una finalidad. Consiste en una manifestación de la conducta humana consciente o inconsciente, positiva o negativa, que causa una modificación en el mundo exterior.
- b) La tipicidad: es adecuar o encuadrar la conducta humana concreta a la norma legal previamente establecida. De León Velasco y De Mata Vela señalan que la tipicidad es la adecuación de un hecho cometido, a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. La tipicidad es una manifestación del principio constitucional de legalidad, pues solo los hechos descritos en la ley como delitos pueden considerarse como tales.
- c) La antijuricidad: este elemento positivo del delito, está delimitado por la tipicidad, puesto que para que una conducta humana pueda ser considerada como

antijurídica, necesariamente tiene que ser típica, a menos que exista una causa de justificación o una excusa absolutoria que desaparezca la ilegalidad de la conducta.

“Formalmente se dice que antijuricidad es la relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal. Materialmente se dice que es la acción que encierra una conducta antisocial que tiende a lesionar o a poner en peligro un bien jurídico tutelado por el Estado”.²⁹

- d) La culpabilidad: es un elemento positivo del delito que consiste en un comportamiento consiente y voluntario que da lugar a un juicio de reproche debido a que el sujeto que actúa en forma contraria a la ley, podía y debía actuar de forma diferente.
- e) La imputabilidad: señalan los autores Del León Velasco y De Mata Vela que este elemento positivo del delito es el elemento previo más relevante a la culpabilidad, ya que el sujeto activo del delito, antes de ser culpable tendrá necesariamente que ser imputable. Así pues se consideran imputables a los sujetos que reúnen las características biopsíquicas que requiere la ley, para tener la capacidad de ser responsables de los hechos típicamente antijurídicos cometidos.
- f) Las condiciones objetivas de punibilidad: estas son circunstancias que no pertenecen al injusto penal pero condicionan la imposición de la pena.
- g) La punibilidad: elemento positivo del delito muy controvertido, toda vez que existe contraposición de criterios en cuanto a si la pena es un elemento característico del

²⁹ *Ibíd.* Pág. 169.

delito o bien una consecuencia del mismo. Estudiando la punibilidad como elemento del delito se dice que existe cuando “la conducta humana típicamente antijurídica y culpable, para que constituya delito se requiere que este sancionada con una pena”.³⁰

3.2.3. Elementos negativos del delito

Este tipo de elementos del delito tienden a destruir la configuración técnica jurídica del mismo, y como consecuencia tienden a eliminar la responsabilidad penal del sujeto activo. A continuación se señalan estos elementos tomando como referencia el orden contemplado en la obra de los autores De León Velasco y De Mata Vela, misma que expone lo regulado en el Código Penal guatemalteco, en su Título III del Libro Primero que se refiere a las “Causas que Eximen de Responsabilidad Penal”.

- a) Causas de inimputabilidad: según el Artículo 23 del Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, no son responsables penalmente los menores de edad, y los que en el momento de la acción u omisión, no posean, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente.

³⁰ *Ibíd.* Pág. 176.

- b) Ausencia de antijuricidad, causas de justificación: son elementos negativos del delito que convierten una conducta típica y antijurídica en legal, siempre que exista una causa que justifique el actuar del agente. Las causas de justificación lo que hacen es permitir la agresión a bienes jurídicos en virtud de circunstancias que al legislador parecen más importantes que la protección de un bien jurídico individual. Según el Artículo 24 del Código Penal guatemalteco son causas de justificación: legítima defensa; estado de necesidad; y el legítimo ejercicio de un derecho.
- c) Causas de Inculpabilidad: estos elementos negativos del delito surgen cuando en la comisión de un acto delictivo, no existe dolo, culpa o preterintencionalidad. En el Código Penal guatemalteco, en el Artículo 25 se describen 5 causas las cuales son: miedo invencible; fuerza exterior; error; obediencia debida; y omisión justificada.
- d) Otros eximentes de responsabilidad penal: entre estos elementos negativos del delito se encuentran: 1) el caso fortuito, regulado en el Artículo 22 del Código Penal, mismo que señala que “No incurre en responsabilidad penal, quien con ocasión de acciones u omisiones lícitas, poniendo en ellas la debida diligencia, produzca un resultado dañoso por mero accidente”. El caso fortuito es un acontecimiento imposible de evitar, donde la responsabilidad penal no es imputable a nadie.
- 2) Excusas absolutorias: “El ordenamiento penal guatemalteco no las define expresamente, pero si las contempla como eximentes de responsabilidad penal. En la doctrina se dice que son verdaderos delitos sin pena, porque a pesar de que existe una conducta humana típicamente antijurídica, culpable, imputable a un sujeto responsable, ésta no se castiga atendiendo a cuestiones de política criminal

que se ha trazado el Estado en atención a conservar íntegros e indivisibles ciertos valores dentro de una sociedad, de tal manera que cuando habiendo cometido un delito aparece una excusa absolutoria, libera de responsabilidad al sujeto activo”.³¹

3.2.4. Sujetos del delito

- a) Sujeto activo: es el que realiza la acción, el comportamiento descrito en la ley.
- b) Sujeto pasivo: es el titular del interés jurídicamente protegido, atacado por el delito.
Es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito.

3.2.5. Objetos del delito

Señalan los autores De León Velasco y De Mata Vela en su obra ya citada, que cuando se habla de objeto del delito se puede dar la confusión entre el objeto material y el objeto jurídico del delito, y aunque tienen mucha relación son dos conceptos por completo distintos: el objeto jurídico lo constituye el bien jurídicamente protegido por el Estado en cada tipo penal (figura de delito); el objeto material en cambio, es todo ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo penal.

3.2.6. Bien jurídico tutelado en el delito

El presente punto a tratar es de gran importancia dentro del estudio del delito, puesto que para la constitución de las figuras delictivas no se puede concebir un delito que no pretenda la protección de un bien jurídico.

³¹ *Ibíd.* Pág. 201

Por tanto y siguiendo con lo expuesto por los autores arriba mencionados, se puede definir al bien jurídico protegido o tutelado, como “el interés que el Estado pretende proteger a través de los distintos tipos penales; interés que es lesionado o puesto en peligro de la acción del sujeto activo, cuando esta conducta se ajusta a la descripción legal”.³²

3.3. Historia del derecho penal guatemalteco

En la historia jurídica guatemalteca se puede contar la promulgación de 5 códigos penales hasta la presente fecha:

- a) **Primero Código Penal:** fue promulgado en el año de 1834 durante el Gobierno del Doctor Mariano Gálvez, conocido como Código Penal de Livingston, el cual fue redactado por el Secretario de Estado norteamericano Edward Livingston y estuvo en vigor más de 40 años.
- b) **Segundo Código Penal:** en el año de 1877 durante el Gobierno del General Justo Rufino Barrios; en el orden administrativo y legal, se promulgaron el Código Penal, el Militar y el Código Fiscal.
- c) **Tercer Código Penal:** Decreto 419 en el año de 1889 durante el gobierno del General Manuel Lizandro Barillas. El 15 de febrero de 1889 mediante la emisión del Presidente de la República, se promulgó un nuevo código penal, este código fue aprobado por el Decreto No. 48 de la Asamblea Nacional Legislativa, de fecha 29

³² **Ibíd.** Pág. 226.

de abril. En este código el principal avance consistió en la supresión del sistema de penas compuestas para dejarlas fijas a cada delito, sin diversos extremos para el caso de faltar circunstancias atenuantes o agravantes.

- d) Cuarto Código Penal: fue promulgado en el año de 1936, durante el gobierno del general de Jorge Ubico; y
- e) Quinto Código Penal: es el actualmente vigente, fue promulgado durante el gobierno del general Carlos Arana Osorio, y entró en vigencia el 1 de enero de 1974, el cual es un ordenamiento de tendencia positiva y marcadamente represivo, con un incongruente sistema de penas mixtas para determinados delitos (privación de libertad y multa).

3.4. Delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de su cargo contra la Administración Pública

El Código Penal guatemalteco, en su Título XIII regula los delitos cometidos contra la administración pública, mismo que se divide en cinco capítulos, siendo los dos principales: por una parte, el capítulo I de los delitos contra la administración pública cometidos por particulares; y por la otra, en el capítulo II de los delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos. El Código Penal guatemalteco adoptó en su totalidad la doctrina del Código Penal italiano de 1930, proveniente del proyecto Rocco, y es por esta razón que dicho cuerpo legal hace la división arriba mencionada.³³

³³ **Ibíd.** Pág. 610.

Para efectos del presente trabajo únicamente serán analizados los delitos que son cometidos por funcionarios públicos, toda vez que solamente estos son de importancia para el desarrollo del presente tema de investigación.

3.4.1. Capítulo II. De los delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos

El elemento principal y característico en este tipo de delitos es que, solamente los funcionarios o empleados públicos, pueden ser los sujetos activos de las incriminaciones que se describen.

En este capítulo se regulan los delitos de:

- Abuso de autoridad. (Artículo 418)
- Incumplimiento de deberes. (Artículo 419)
- Incumplimiento del deber de prestar declaración patrimonial. (Artículo 419 Bis)
- Falsedad en declaración jurada patrimonial. (Artículo 419 Ter.)
- Desobediencia. (Artículo 420)
- Denegación de auxilio. (Artículo 421)
- Revelación de secretos. (Artículo 422)
- Resoluciones violatorias a la Constitución (Artículo 423)
- Detención Irregular. (Artículo 424)
- Abuso contra particulares. (Artículo 425)

- Anticipación de funciones públicas. (Artículo 426)
- Prolongación de funciones públicas. (Artículo 427)
- Restitución de emolumentos. (Artículo 428)
- Abandono de cargo. (Artículo 429)
- Abandono colectivo de funciones, cargos o empleos. (Artículo 430)
- Infracción de privilegio. (Artículo 431)
- Nombramientos ilegales. (Artículo 432)
- Usurpación de atribuciones. (Artículo 433)
- Violación de sellos. (Artículo 434)
- Falsedad de despachos telegráficos, radiográficos o cablegráficos. (Artículo 435)
- Allanamiento ilegal. (Artículo 436)
- Responsabilidad del funcionario. (Artículo 437)
- Inobservancia de formalidades. (Artículo 438)
- Consumo ilícito de bebidas alcohólicas o fermentadas. (Artículo 438. Bis)

3.4.2. Capítulo III. De los Delitos de Cohecho

El presente capítulo regula todo lo relacionado a la figura del cohecho, también conocido como soborno, cuyo elemento principal es la existencia de una dádiva que

tiene como finalidad obtener un beneficio. Este delito que se manifiesta con mucha frecuencia en la actualidad convirtiéndose casi en una costumbre en la sociedad, llegando a la conclusión que esta figura no es más que la representación de la corrupción.

Los delitos regulados en este capítulo son los siguientes:

- Cohecho pasivo. (Artículo 439)
- Concurrencia con otro delito. (Artículo 440)
- Soborno de árbitros, peritos u otras personas con función pública. (Artículo 441)
- Cohecho activo. (Artículo 442)
- Cohecho Activo transnacional. (Artículo 442 Bis.)
- Cohecho pasivo transnacional. (Artículo 442 Ter.)
- Aceptación ilícita de regalos. (Artículo 443)

3.4.3. Capítulo IV. De Los Delitos De Peculado Y Malversación

Este capítulo regula los delitos de:

- Peculado por sustracción. (Artículo 445)
- Peculado por uso. (Artículo 445 Bis.)
- Peculado culposo. (Artículo 446)

- Malversación. (Artículo 447)
- Incumplimiento de pago. (Artículo 448)
- Enriquecimiento ilícito. (Artículo 448 Bis.)
- Enriquecimiento ilícito de particulares. (Artículo 448 Ter.)
- Testaferrato. (Artículo 448 Quater.)

3.4.4. Capítulo V De Las Negociaciones Ilícitas

Último capítulo del título XIII que regula los siguientes delitos:

- Concusión. (Artículo 449)
- Tráfico de influencias. (Artículo 449 Bis.)
- Fraude. (Artículo 450)
- Cobro ilegal de comisiones. (Artículo 450 Bis.)
- Exacciones ilegales. (Artículo 451)
- Cobro Indebido. (Artículo 452)
- Cobro indebido por instalación o reparación de infraestructura de transmisión de datos. (Artículo 452 Bis.)

Cabe destacar que el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, ha tenido diversas reformas, pero en especial el presente título sufrió



alteraciones al momento de entrar en vigencia el Decreto 31-2012 del Congreso de la República, Ley Contra la Corrupción, puesto que varios delitos fueron adicionados y otros modificados fortaleciendo así la legislación interna, con el objeto de luchar contra la corrupción que se da con mucha frecuencia a través de la comisión de diversos delitos contra la administración pública del país.

CAPÍTULO IV

4. La corrupción

A continuación se desarrolla lo más importante con relación al tema de corrupción, desde sus orígenes, hasta los casos más controversiales conocidos en Guatemala, puesto que se hace necesario estudiar un poco más sobre tan trascendental tema que es el punto medular de la presente investigación.

4.1. Etimología y definición

Para comprender mejor el tema de la corrupción, objeto del presente capítulo, es necesario en primer lugar, conocer el origen de dicho vocablo, así como lo que este concepto significa y para ello a continuación me permito recopilar algunas definiciones expuestas por diferentes autores.

En el latín es donde podemos establecer que se encuentra el origen etimológico del término corrupción. En concreto, "emana del vocablo *corruptio*, que se encuentra conformado por los siguientes elementos: el prefijo *con*, que es sinónimo de junto; el verbo *rumpere*, que puede traducirse como hacer pedazos; y finalmente el sufijo *tio*, que es equivalente a acción y efecto".³⁴

El autor Oscar Diego Bautista en su obra *Ética para Corruptos*, se refiere al significado mismo de la palabra y señala que: en su etimología, corrupción proviene del termino

³⁴ Pérez Porto, Julián y Merino, María. Consulta internet: <http://definicion.de/corruptio/> (Consultado: 5 de mayo de 2017).

latino *corruptio* que significa alteración, es decir modificación o descomposición de algo ya existente.

Por su parte el autor Jorge F. Malem Seña, en su obra titulada La Corrupción, señala que el origen etimológico de la palabra corrupción proviene del latín *corrumpere*; este término ha sido utilizado en dos sentidos distintos, el primero de ellos es un sentido general como equivalente a destrucción, devastación o adulteración de un material orgánico; y en un sentido particular para designar una actividad humana específica, como ocurre cuando se lo asimila a soborno o extorsión.

Continuando con el mismo autor, este define a los actos de corrupción como “aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera sea su naturaleza”³⁵

El diccionario de la Real Academia Española (RAE) define así la corrupción: “acción y efecto de corromper o corromperse. Alterar o trastocar la forma de algo. Sobornar a alguien con dádivas o de otra manera. Pervertir o seducir a alguien. En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellos en provecho, económico o de otra índole de sus gestores”.

“La corrupción consiste en la utilización de las potestades públicas para intereses particulares cualquiera que sea la forma de manifestarse, sea en beneficio propio o de

³⁵ Malem Seña, Jorge F. *La corrupción*. Pág. 35.

un tercero o de un partido político, sea por razón de amistad o por dinero o por otras prestaciones.”³⁶

La entidad Acción Ciudadana, nos da la siguiente definición: “La corrupción en términos generales, puede entenderse como la articulación de condiciones y acciones que hacen posible la utilización de bienes, espacios, servicios, instancias y procedimientos (privados o públicos) para beneficio propio y personal, en desmedro de los intereses generales o bien común”.³⁷

En base a lo expuesto por los autores citados en la presente investigación se concluye que no existe una definición concreta de lo que es la corrupción a nivel mundial, sin embargo, utilizando los elementos comunes de esta problemática, ejemplifico a la corrupción como una infección que contamina al Estado y todos sus órganos, corrompiendo los valores, la moral y la ética, teniendo como consecuencia un Estado inoperante, vulnerable a la impunidad, dificultando cualquier método utilizado para erradicar la corrupción.

Son los funcionarios públicos uno de los elementos fundamentales dentro de la administración pública, y a su vez los más señalados por actos de corrupción al no cumplir con las funciones que les corresponden y buscar únicamente y principalmente beneficios de índole económico, ya sea para sí mismos o para terceros, utilizando de manera desviada el poder que poseen en virtud de sus cargos, dañando al Estado y su

³⁶ González Pérez, Jesús. **Ética en la administración pública**. Pág. 128.

³⁷ Acción ciudadana. **Módulo para educandos transparencia y anticorrupción en el sistema de justicia de Guatemala**. Pág. 38

patrimonio, teniendo como consecuencia más retroceso para la sociedad, haciendo imposible cumplir con el fin supremo del Estado que es el bien común.

4.2. Tipos de corrupción

Existen diversas clasificaciones de lo que se conoce como corrupción, así como su definición no es única y definida a nivel mundial, de igual forma es su clasificación, por esta razón a continuación me permito resumir algunas de las más importantes con relación al tema de la presente investigación:

El autor Jorge F. Malem Señá, divide los tipos de corrupción de tres formas:

- a) La primera de ellas tiene su fundamento en el número de personas que participan en dicho acto, pudiendo ser realizados por una sola, como es el caso de cuando un funcionario se apropia de fondos públicos para fines privados; también se puede dar la participación de dos o más personas, por ejemplo en el soborno o extorsión; en estos asuntos, las dos partes, corruptor y corrompido, están perfectamente identificados o son identificables.
- b) En segundo lugar la corrupción puede ser política o de otro tipo. Este acto consiste en la violación de un deber posicional de carácter político, en el incumplimiento de una función de ese mismo tenor o bien se realiza atendiendo a intereses políticos.

- c) En tercer lugar, se da la clasificación de los actos de corrupción que toma en cuenta la percepción que las elites y la opinión pública de un país tienen ciertos actos de corrupción. Y se distingue entre corrupción negra, gris y blanca.

El autor Oscar Diego Bautista, señala una clasificación diferente, establecida por Heidenheimer, la cual es en función de la gravedad del supuesto:

- a) Pequeña corrupción: esta se refiere a los supuestos en los que se adaptan o interpretan las normas para beneficiar a un amigo;
- b) Corrupción rutinaria: la segunda incluye todos los supuestos de favoritismo normalizado para beneficiar a amigos o correligionarios, con desprecio de los méritos, en el acceso a la Función Pública, en los ascensos o en la adjudicación de contratos;
- c) Corrupción grave: esta última ya implica la existencia de un sistema organizado de abuso de poder por virtud del cual, aunque se tenga derecho legal a ciertos bienes y servicios, éstos sólo llegarán al ciudadano si el político correspondiente recibe un regalo, o aquellos supuestos de crimen organizado desde el poder.

4.3. Factores que promueven la corrupción

De igual forma que los tipos de corrupción han sido clasificados de diversas formas, asimismo sucede con la clasificación de los factores que promueven la corrupción; la división que a continuación se presenta es la referida por el autor Oscar Diego Bautista

en su obra *Ética para Corruptos*, misma que divide estos factores en dos tipos: uno interno y otro externo.

4.3.1. Factores internos

La causa principal para realizar actos de corrupción, como señala el autor, es la ignorancia, y con esto se refiere a la falta de comprensión y madurez de juicio para llegar a la excelencia humana, lo que permite actuar en torno al bien del semejante. Continúa expresando el autor que la ignorancia humana impide que las personas alcancen un grado de consciencia que, por un lado, permita discernir sobre cada uno de sus actos y por otro, haga comprender qué actos son dignos de llevar a cabo y cuáles son censurables. Cuando el hombre es incapaz de conocerse y dominarse a sí mismo entonces es presa fácil de la ignorancia que, al unirse a deseos malévolos, genera pasiones que le impulsan a realizar actos indebidos. Según Bautista los motivos más comunes en el ámbito público, fruto de esta ignorancia, que dan pie a actos de corrupción son: la codicia, la avaricia, el anhelo de poder y el vacío existencial.

4.3.2. Factores externos

Bautista los agrupa en cuatro tipos:

- a) **Políticos:** son aquellos elementos que se relacionan directamente con el ejercicio del poder público contribuyendo a la realización de prácticas indebidas.
- b) **Económicos:** son factores que fomentan la corrupción y que tienen que ver con los aspectos de la crematística.

- c) **Administrativos:** estos factores están en relación directa con la función interna de una estructura institucional, y en particular con la gestión personal.
- d) **Sociales:** aquí se agrupan aquellos factores que están relacionados con aspectos de la cultura en una comunidad.

4.4 Corrupción en la administración pública

El tema de la administración pública ha sido explicado y desarrollado en el segundo capítulo de la presente investigación, el tema de la corrupción es objeto de estudio en el presente capítulo, y es necesario estudiar este concepto dentro del ámbito de la administración pública en virtud que esta área es la más propensa a ser corrompida y atacada por los actos de corrupción;

Como bien señala el autor Malem Seña, el Estado necesita un cierto número de personas y una determinada organización para poder cumplir sus funciones y prestar los servicios públicos pertinentes de un modo adecuado. Este conjunto de personas, la organización bajo la cual operan y hasta los servicios públicos que satisfacen reciben el nombre genérico de administración pública.

La actuación de los funcionarios dentro de la administración pública es fundamental para que al desenvolverse de forma eficiente y eficaz puedan llevarse a cabo los fines del Estado, este objetivo se ve empañado por el incorrecto desempeño de dichos agentes públicos, quienes se encuentran expuestos a actuar de forma deshonesto a

causa de la ambición, que no es más que el deseo de poder y riquezas, el cual en algunos casos es el motivo principal de querer optar a cargos públicos de alta categoría, y otras veces dicho deseo surge derivado del poder que han obtenido dentro de la administración.

En la mayoría de casos estos comportamientos deshonestos llevan a los funcionarios a cometer actos de corrupción que han sido tipificados como delitos contra la administración pública, por ejemplo: la prevaricación de funcionarios, que se verifica cuando un funcionario, dicta una resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia; el delito de cohecho, en el cual el funcionario solicita o acepta dadas o regalos, o aquel que los admite o recibe cuando son ofrecidos por un tercero, a cambio de una promesa de realizar alguna función vinculada a su cargo.

Otro de los comportamientos punibles que son susceptibles de ser cometidos por funcionarios públicos es la “malversación de caudales públicos, esto es, la apropiación por parte del funcionario de bienes que tenga a su cargo o que preste el consentimiento para que un tercero se apropie de ellos; el fraude, se da cuando un funcionario en razón de su cargo, acuerda con un tercero defraudar a cualquier ente público; las exacciones ilegales que consisten en que un funcionario exige derechos, tarifas o minutas no debidas o las exige por una cuantía mayor de lo legalmente establecido y para concluir, la revelación de secretos e informaciones cuando con ese acto el funcionario espera obtener un beneficio para sí o para un tercero, económico o de otro tipo”.³⁸

³⁸ Malem Señá. *Op. Cit.* Pág. 51.

Los anteriores son solo algunos ejemplos sobre delitos cometidos por funcionarios contra la administración pública, que para mayor comprensión y para efectos de la presente investigación fueron abordados según la legislación guatemalteca en el capítulo tercero.

Por otra parte en El Manual de Anticorrupción en la Función Pública, se señala que “corrupción también es destruir la confianza en los funcionarios públicos, cuando se mezclan las funciones públicas con las privadas y se lesionan gravemente los deberes y las responsabilidades de los funcionarios públicos”.

En la misma obra se cita textualmente lo explicado por un conocido juez sobre este tema de la siguiente manera:

“(Los funcionarios públicos) se encuentran en una relación fiduciaria con respecto a las personas que los eligieron o los designaron para que las representen... En su carácter de depositarios de la confianza pública, ellos están bajo una obligación de servir al pueblo de la mejor manera posible. En el desempeño de sus funciones tienen la obligación de demostrar toda la capacidad e inteligencia que les sea posible, de ser diligentes y concienzudos, de ser objetivos y razonables y, por sobre todas las cosas, mostrar que actúan de buena fe, con honradez e integridad... Deben alejarse de toda influencia corrupta y deben realizar las negociaciones de manera abierta y sincera frente al escrutinio público, a fin de que el pueblo pueda saber lo que sucede y juzgar con justicia tanto a ellos como su trabajo. Si los funcionarios públicos no se

desempeñan con honradez y responsabilidad, sus acciones son inconsistentes con el interés público”³⁹

4.5. Consecuencias de la corrupción

La corrupción es un fenómeno que cada día va en aumento, convirtiéndose en algo peligroso, puesto que si los órganos de la administración pública se encuentran colmados de funcionarios corruptos será imposible cumplir con los fines del Estado en virtud que al momento de tomar decisiones, los intereses de estos agentes serán totalmente apartados y ajenos a los legítimos, teniendo numerosas consecuencias en diferentes ámbitos para la población.

- a) Impacto económico: distorsiona los presupuestos, afecta a la operación del comercio, es un factor inflacionario, contribuye al déficit fiscal, desalienta la inversión, socava la economía, genera fuga de capitales, concentra la riqueza en unos cuantos y contribuye a la evasión fiscal.

- b) Impacto político: el Estado se devalúa, el gobierno y la administración pública pierden credibilidad, se agudiza la crisis de legitimidad del sistema político, se perturban las instituciones democráticas al comprar el voto, impulsan el fraude electoral o practicar el clientelismo político; también se amenaza la gobernabilidad al generar desconfianza en las instituciones públicas, se debilita a los buenos

³⁹ Lozano, Juan, y Merino Dinari, Valeria, compiladores. Transparencia Internacional Latinoamérica y El Caribe. **La hora de la transparencia en América Latina, el manual anticorrupción en la función pública.** Pág. 61.

gobiernos, se distorsionan las políticas públicas, se deslegitima la política, se impide que se alcancen los objetivos gubernamentales y se desvían las políticas de bienestar de los objetivos del Estado generando a su vez ineficiencia en los servicios públicos e insatisfacción en los ciudadanos.

- c) Impacto social: acrecientan las desigualdades al impedir que los fondos lleguen a los necesitados desviando los recursos para fines personales o de partido, fomenta la injusticia al dar prioridad a los que pueden sobornar para agilizar algún servicio. Entre los efectos de la corrupción que dañan a los más desfavorecidos se encuentran: a) menor rendimiento de los servicios sociales (salud, educación, vivienda), b) cancelación de proyectos de ayuda a sectores marginados, c) aumento de los impuestos y del coste de los servicios, d) desventajas que sufren pequeños agricultores y campesinos al vender su producción agrícola.
- d) Impacto cultural: aleja los valores éticos y hábitos de educación de la conducta ciudadana, incorpora actitudes perversas en el actuar diario del individuo alterando los valores sociales y de convivencia humana, es causa de la alteración o pérdida de valores y tradiciones, lo que a su vez ocasiona que se altere la cultura del país con la consecuencia de que los miembros que la conforman modifiquen su comportamiento.⁴⁰

En un estudio llevado a cabo en 1995 por Transparencia Internacional, se identificó las áreas de gobierno más vulnerables a la corrupción siendo las más afectas:

⁴⁰ Malem Seña. Op. Cit. Pág. 60.

- Servicios públicos.
- Licitaciones y adquisiciones públicas.
- Recaudación de ingresos públicos (impuestos, aduanas).
- Nombramientos de funcionarios públicos.
- Administración de gobiernos locales.

En la Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, se explica de forma muy acertada cuáles son las consecuencias de este gran problema al desarrollar el tema de la finalidad de dicha convención y expone lo siguiente: “Al desviar ilícitamente fondos del Estado, la corrupción socava servicios como los de salud, educación, transporte público o policía local, de los que dependen las personas de escasos recursos. La corrupción de pequeña entidad acarrea costos adicionales para los ciudadanos: no solo es inadecuada la prestación de servicios, sino que se requiere un “pago” para realizar los trámites más básicos ante la administración pública, como los relativos a la expedición de documentos oficiales.

En muchos Estados, los solicitantes de licencias para conducir, permisos de construcción y otros documentos de rutina han aprendido a esperar un “recargo” de los funcionarios públicos. A un nivel más elevado, se pagan sumas importantes por la v concesión de contratos públicos y derechos de comercialización, o para eludir las inspecciones y los trámites burocráticos. No obstante, las consecuencias de la corrupción son más profundas y extendidas de lo que puedan sugerir estos sobornos.

La corrupción causa una reducción de las inversiones, o incluso desinversión, y tiene muchos efectos a largo plazo, entre ellos, la polarización social, la falta de respeto por los derechos humanos, las prácticas antidemocráticas y la malversación de fondos destinados al desarrollo y a servicios esenciales.

La desviación de recursos escasos mediante prácticas corruptas afecta la capacidad de los gobiernos de prestar servicios básicos a sus ciudadanos y de alentar un desarrollo económico, social y político sostenible. Además, puede poner en peligro la salud y la seguridad de los ciudadanos debido, por ejemplo, a proyectos de infraestructura mal diseñados y suministros médicos escasos o con fecha vencida”.⁴¹

En esta Guía se encuentra explicado este tema de manera muy amplia, puesto que el propósito de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es atacar este problema y evitar que cada día sigan incrementando las consecuencias que tanto daño hacen a la sociedad por medio de mecanismos y recomendaciones que se estudiarán más adelante en el capítulo correspondiente.

4.6. La corrupción en Guatemala

Como se ha expuesto anteriormente la corrupción es un fenómeno nocivo que avanza exponencialmente a nivel mundial y como es de suponerse, Guatemala no es la excepción, la corrupción se hace presente tanto en el ámbito privado como en el

⁴¹ Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, División para Asuntos de Tratados. Nueva York, 2006. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_S.pdf (Consultado: 12 de junio de 2017)

público, en los actos más pequeños e insignificantes hasta los más graves, llevando así al país a ser uno de los más corruptos a nivel mundial, ubicándose en el puesto 136 con una puntuación de 28, de una lista de 176 países evaluados por la organización de Transparencia Internacional.

El estudio de esta organización muestra que el país descendió 13 posiciones a comparación de 2015, cuando estaba en el 123 de la tabla. Guatemala está mejor posicionada sólo por encima de países como Kirguistán, Líbano, Birmania y Nigeria. Mientras que México, Honduras, Costa Rica e Irán, superan en calificación.

La puntuación tiene un margen de cero a 100. Cuando un país tiene cero o un número cercano, es muy corrupto, pero cuando se acercan a 100 o tienen esa nota, son muy limpios. La media global es de 43.

“En muchos países, las personas se ven privadas de sus necesidades más básicas y se acuestan con hambre cada noche a causa de la corrupción, mientras que los poderosos y corruptos gozan de lujosos estilos de vida con la impunidad”, indicó José Ugaz, presidenta de Transparencia Internacional.⁴²

4.7. Casos relevantes de corrupción en Guatemala

En Guatemala hay una lista muy extensa de casos de corrupción que han llegado a ser conocidos y tramitados en órganos jurisdiccionales, asimismo podemos deducir que hay

⁴² Pocasangre, Henry. **Prensa Libre**. Sección de política. Guatemala, 25 de enero de 2017.

una gran cantidad de casos que no han sido, ni serán juzgados o conocidos públicamente; la corrupción es un negocio silencioso y es casi imposible estar al tanto de cada uno de estos actos cometidos tanto de forma privada como pública dentro de una sociedad.

La presente investigación está delimitada a tratar los actos de corrupción cometidos por funcionarios públicos electos popularmente a través del sufragio universal y en Guatemala han sido varios los funcionarios que han participado en este tipo de actos, como resultado de tal investigación a continuación se presentan los casos más emblemáticos y conocidos en los cuales se vieron envueltos esta clase de funcionarios:

Caso “La Línea”

El caso “La línea” es sin duda alguna el proceso más trascendental con relación a la corrupción en la historia de Guatemala y que ha tenido un impacto nacional e internacionalmente debido a la gravedad del tema y sobre todo por las personas vinculadas en este caso, siendo los más importantes el ex presidente Otto Pérez Molina y la ex vicepresidenta Roxana Baldetti, quienes, al momento de darse a conocer y salir a la luz este caso, fungían en sus cargos como presidente y vicepresidenta.

El periodo de gobierno del general retirado Otto Pérez Molina y Roxana Baldetti Elías inicio el 14 de enero del 2012 cuando tomaron posesión luego de haber sido electos mediante sufragio universal y secreto, y fue hasta abril del año 2015 que la el Ministerio Público como consecuencia de una investigación realizada conjuntamente con la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala CICIG, involucró en una red



de contrabando en las aduanas de Guatemala a varios funcionarios de dicho gobierno incluyendo al actual presidente Otto Pérez Molina, a la vicepresidenta Roxana Baldetti y a su secretario privado Juan Carlos Monzón, así como a directores de la Superintendencia de Administración Tributaria SAT.

Inicialmente, el acusado de ser el líder de la banda fue Juan Carlos Monzón Rojas, quien al momento de enterarse de los cargos que se le imputaban se dio a la fuga; a partir de estos señalamientos realizados, la población se organizó para llevar a cabo marchas y protestas masivas en contra de la corrupción y el gobierno, en especial en contra de la entonces vicepresidenta Roxana Baldetti, quien fue obligada a renunciar el 8 de mayo de 2015.

El 21 de agosto de 2015 a petición de la CICIG y el Ministerio Público se giró una orden de captura contra la ex vicepresidenta Roxana Baldetti y una solicitud de antejuicio contra el presidente Otto Pérez Molina por los delitos de cohecho pasivo, asociación ilícita y caso especial de defraudación aduanera, esto a consecuencia de que ambas entidades demostraron que Juan Carlos Monzón no era el líder de "La Línea", sino que habrían fungido como tal el presidente y la ex vicepresidenta;

Baldetti fue enviada a prisión preventiva; posteriormente en una de las audiencias llevadas a cabo contra Baldetti en el Órgano Jurisdiccional correspondiente, en uno de los audios ofrecidos por el Ministerio Público se escuchó la voz del presidente siendo también involucrado en el caso de defraudación aduanera; nuevamente la ciudadanía indignada convocó a un paro nacional para pedir la renuncia de Otto Pérez Molina,

dando como resultado que el 2 de septiembre de 2015 el presidente Pérez Molina presentara su renuncia, existiendo ya una orden de captura en su contra, su renuncia fue aceptada por el Congreso de la República el 3 de septiembre y ese mismo día el ya ex presidente de la República se presentó voluntariamente a la Torre de Tribunales para ponerse a disposición de las autoridades competentes e iniciar así el proceso penal en su contra.

Hasta el momento en el presente caso se encuentra pendiente de llevarse a cabo la audiencia de etapa intermedia, misma que ha sido suspendida en varias ocasiones por diversos motivos.

Caso “Lavado y Política”

Este caso salió a relucir casi en el mismo tiempo que el caso de “La línea”, y fue tema de noticias, análisis y discusiones puesto que también vincula a altos funcionarios de Guatemala, como lo son los exdiputados al Congreso de la República, un ex alcalde del municipio de Jutiapa y un ex candidato a la vicepresidencia del país para las elecciones del año 2015.

En este proceso hasta el momento son 11 las personas procesadas, entre ellas se encuentran los ex diputados de Libertad Democrática Renovada Manuel Barquín Duran y Jaime Martínez Lohayza, quienes fueron aprehendidos el 31 de marzo del 2017 y fueron ligados a proceso, el primero de ellos por los delitos de peculado, asociación



ilícita, tráfico de influencias y financiamiento electoral ilícito, Martínez Lohayza fue ligado por los mismos delitos, excepto peculado.

Según investigaciones realizadas por el Ministerio Público el modo de operar de esta organización era recolectando dinero a través de personas particulares y de algunas organizaciones que ya han sido investigadas en Guatemala y en el exterior por lavado de dinero.

Francisco Edgar Morales Guerra, cabecilla de la banda, introducía el dinero al sistema financiero a través de unas 200 empresas ficticias y de testaferros, quienes a su vez transferían el dinero a sus cuentas hacia diferentes países, aparentando que provenían de transacciones comerciales.

Se documentaron 686 transferencias al exterior que ascienden a US\$33 millones (aproximadamente Q255 millones) pero se estima que las operaciones de lavado podrían llegar a Q937 millones.⁴³

Caso “Alfonso Portillo”

Alfonso Antonio Portillo Cabrera fue presidente de Guatemala del 14 de enero del 2000 al 14 de enero del 2004, día en que fue juramentado como nuevo presidente de la República Oscar Berger Perdomo, quien al tomar posesión promovió una investigación en contra de su predecesor a quien señaló de haber realizado actos corruptos; el

⁴³ Sánchez, Glenda. *Prensa Libre*. Sección de política. Guatemala, 31 de marzo de 2017.



mismo ex presidente Portillo, tras perder su inmunidad como diputado del Parlamento Centroamericano, escapó de Guatemala y se refugió en México.

A Portillo Cabrera se le acusó del delito de peculado y luego de permanecer prófugo un año y siete meses, el exmandatario es extraditado de México para ser juzgado por los tribunales de Guatemala. La CICIG estuvo adherida al proceso en su contra por el desfalco de 120 millones de quetzales.

El lunes 9 de mayo de 2011, se dictó la sentencia en contra del ex presidente en el tribunal undécimo, donde quedó absuelto junto a otros dos implicados, por falta de pruebas. El veredicto absolutorio de dos de los tres jueces que integraron el tribunal que juzgó al ex presidente fue cuestionado por diversos sectores de la sociedad guatemalteca cuando se descubrió por medio de cámaras de vigilancia, que uno de los abogados defensores del ex mandatario había sostenido pláticas con el esposo de una de las juezes que absolvió a Portillo. El Ministerio Público dijo no estar de acuerdo con la decisión del tribunal y anunció planes para apelar el fallo, pero la apelación no prosperó.

El 25 de enero de 2010 el fiscal del condado de Nueva York, Estados Unidos, Cyrus Vance Jr. acusó formalmente al ex presidente guatemalteco Alfonso Portillo de un delito de lavado de dinero, de hasta 60 millones de dólares, por lo que pidió su extradición a ese país. «Se acusa a Alfonso Portillo de convertir la oficina de la Presidencia de Guatemala en su cajero automático personal», explicó el fiscal Preet Bharara, quien

destacó, asimismo, que el ex presidente traicionó «la confianza del pueblo de su nación» con la ejecución de varios sistemas con los que malversó millones de dólares.

Luego de evadir inicialmente a las autoridades, Portillo fue capturado el 26 de enero de 2010 en Punta de Palma, Izabal, cuando supuestamente se preparaba para huir por la Bahía de Amatique hacia Belice, lo cual está en entredicho pues era el lugar menos adecuado para ocultarse de la justicia estadounidense.

El viernes 26 de agosto de 2011, la Corte de Constitucionalidad de la República dictaminó que debía ser extraditado a los Estados Unidos para que se defienda de cargos de lavado de dinero. El viernes 24 de mayo de 2013, fue extraditado a los Estados Unidos, y el martes 18 de marzo de 2014, el ex presidente Portillo reconoció su culpabilidad en una comparecencia ante el juez federal James Patterson logrando así utilizar el sistema judicial estadounidense a su favor para que le fuera impuesta una pena mínima de apenas un año de prisión.⁴⁴

⁴⁴ https://es.wikipedia.org/wiki/Alfonso_Portillo (Consultado: 29 de mayo de 2017)



CAPÍTULO V

5. Mecanismos para erradicar la corrupción

Existen diversos mecanismos adoptados a nivel mundial que tienen por objeto luchar para combatir la corrupción, este fenómeno que día a día va en aumento se debe estudiar más a profundidad para entenderlo y buscar asimismo los métodos idóneos que puedan contribuir para erradicarlo. En el presente capítulo se analizan las medidas tomadas en el ámbito internacional para frenar esta problemática que afecta tanto a todas las naciones.

5.1. Análisis de la corrupción a nivel mundial

Corrupción, vocablo mundialmente reconocido, -y analizado ampliamente en el capítulo anterior de la presente investigación-, en virtud de ser un problema común en todos los países. Este fenómeno que arremete y avanza de manera exponencial en la sociedad y por esta razón a nivel mundial se han creado e implementado mecanismos para combatirla, por ejemplo: las convenciones internacionales, diversos órganos constituidos especialmente para luchar contra la corrupción, así como la implementación de tipos penales dentro de la legislación en la mayoría de países a nivel mundial que tienen por objeto sancionar los actos de corrupción.

Según la última versión del Índice de Percepción de la Corrupción realizado por Transparencia Internacional los países menos corruptos del mundo son Dinamarca y Nueva Zelanda con una puntuación de 90 sobre 100, seguidamente de Finlandia con

89, Suecia con 88, Suiza con 86, Noruega con 85, Singapur con 84, Holanda con 83, Canadá con 82, y Alemania, Luxemburgo y el Reino Unido con 81 puntos.

Somalia, con sólo 10 puntos, es por décimo año consecutivo el país más corrupto del mundo entre los 176 incluidos. Lo siguen muy de cerca Sudán del Sur con 11, Corea del Norte con 12, Siria con 13, Libia, Yemen y Sudán con 14, Afganistán con 15, Guinea-Bisáu con 16 y por último Venezuela e Irak con 17.⁴⁵

En América Latina el país mejor ubicado es Uruguay en el puesto 21, con una puntuación de 73; por el contrario el país más corrupto de esta región es Venezuela ubicado en el puesto 166 con apenas 17 puntos.

Es oportuno analizar las medidas tomadas por diferentes gobiernos con relación a este tema tan común internacionalmente, puesto que en cada país esta problemática ha surgido y evolucionado de forma diferente y en la actualidad no todas las legislaciones lo tipifican de igual forma, viéndose reflejado en las penas y sanciones que se imponen a los culpables de cometer actos de corrupción.

5.1.1. Dinamarca

Según lo expuesto anteriormente Dinamarca es el país con el menor índice de corrupción a nivel mundial, pero ¿cómo ha logrado situarse en esa posición y

⁴⁵ https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016 (Consultado: 20 de junio de 2017)

mantenerse en ella por quinta vez según el informe realizado por Transparencia Internacional? su éxito se basa en un sistema intolerante en todos los niveles, empezando por la clase política y terminando por los ciudadanos.

Cabe mencionar que la recaudación fiscal en este país supera la media europea, puesto que se tiene un sentido de responsabilidad tributaria, sabiendo que los impuestos que cada ciudadano paga son empleados de forma adecuada y la compensación a lo anterior es: Tolerancia cero ante cualquier actitud impropia por parte de un cargo político, inversión en sus propios ciudadanos mediante una educación pública e igualitaria y un firme compromiso de sus contribuyentes en el mantenimiento de un auténtico estado del bienestar, son algunas de las claves de la 'incorruptibilidad' danesa.⁴⁶

5.1.2. Singapur

Singapur es el país Asiático que ocupa el puesto número 7 en el Índice de Transparencia Internacional con una puntuación de 84, siendo el país mejor ubicado de este continente, iniciando la lucha contra la corrupción en 1952, con el establecimiento de la Agencia de Investigación de Prácticas Corruptas.

En este país el poder judicial afronta los casos de corrupción con igualdad en todos los niveles, desde los más pequeños hasta los más graves denominados de cuello blanco.

⁴⁶ http://www.vozpopuli.com/actualidad/internacional/Fraude_fiscal-Corrupcion-Dinamarca_0_559444061.html.
(Consultado:25 de junio 2017)

Cabe destacar que en esta nación la remuneración que perciben los funcionarios públicos es alta, con el fin de evitar la tentación de caer en actos de corrupción por parte de éstos.

5.1.3. Alemania

Según la Cooperación y el Desarrollo Económicos -OCDE- Alemania y Reino Unido son los líderes mundiales en la lucha legal contra la corrupción

La ley alemana es, según los expertos, una de las más avanzadas del mundo en la lucha contra la corrupción. De acuerdo a la Ley Criminal Alemana, ningún alemán puede dar o recibir un soborno. Esto mismo aplica para los extranjeros que vivan en Alemania y los nacidos en ese país que residan fuera del mismo.

Las penas por corrupción llegan hasta los 10 años de cárcel, una multa o ambas cosas. Por corrupción en cargo público, se condena a pago de multa y hasta tres años de cárcel, en casos severos, hasta 10. Por corrupción en transacciones comerciales, hasta 5 años de cárcel y por soborno electoral, hasta 5 años. Las multas pueden llegar al millón de euros, y más si se considera que los beneficios obtenidos de dicha corrupción han sido mayores. También pueden ser inhabilitados de su profesión. En el caso de las empresas, se les prohíbe acceder a concurso público y se les retienen los beneficios obtenidos de dicha corrupción.

5.1.4. Hong Kong

País de Asia que ocupa el puesto 17 en el Índice de Transparencia Internacional con una puntuación de 77.

Esta nación que por décadas fue una de las más corruptas en el mundo, emprendió medidas contra este mal desde 1974, con la creación de la Comisión Independiente contra la Corrupción para vigilar e investigar a funcionarios.

Las medidas, sin embargo, también incluyeron a toda la población con un programa de 3 ejes: educación desde preescolar, prevención y castigo.⁴⁷

5.1.5. China

País ubicado en el puesto número 79, con 40 puntos, según el Índice de Percepción de la Corrupción. Este país asiático que lleva las penas impuestas por actos de corrupción al máximo nivel, aplicando la pena de muerte a aquellos funcionarios que malversen o reciban sobornos mayores a los 3 millones de yenes, (463 mil dólares).

El Tribunal y la Fiscalía de esta nación, indican que en caso de que el acusado coopere en la investigación -en alusión a que confiese el delito o devuelva el dinero malversado- la pena capital podría suspenderse durante dos años, lo que a efectos prácticos significa su conmutación por cadena perpetua, la sentencia más habitual en casos de corrupción en China.

⁴⁷ <http://www.vertigopolitico.com/articulo/36785/5-paises-con-modelos-eficientes-anticorrupcion>
(Consultado: 27 de junio de 2017)

La norma emitida también advierte que los altos cargos pueden ser juzgados por complicidad si no denuncian la corrupción de colegas cercanos, incluso si forma parte de su familia.⁴⁸

En el año 2016 los órganos judiciales de China investigaron 45.000 casos relacionados con la corrupción en los que figuraban 49.000 personas de las cuales 2.862 fueron acusadas de recibir sobornos.

En un informe de la Procuraduría Suprema Popular de China se destaca que los fiscales también investigaron a 47.650 personas por presunta prevaricación, entre las cuales figuraban 48 exfuncionarios a nivel provincial o superior.

5.1.6. Chile

Chile y Uruguay son los dos países del continente americano que han logrado ubicarse en los puestos más altos del Índice de Percepción de la Corrupción, muy por encima de la mayoría de países de esta región del mundo.

Es bien sabido que en América Latina reina la corrupción, siendo los 5 países más corruptos de esta región según Transparencia Internacional: Paraguay, Guatemala, Nicaragua, Haití y por último Venezuela.

Pero ¿qué ha llevado a Chile a ser el segundo país menos corrupto de América Latina? En 1994 se creó una Comisión Nacional de Ética Pública, como respuesta a una serie

⁴⁸ <http://www.20minutos.es/noticia/2723996/0/corrupcion/china/pena-de-muerte/#xtor=AD-15&xts=467263>
(Consultado:27 de junio de 2017)



de denuncias por corrupción, hechas por los ciudadanos. El objeto de esta Comisión fue promover una profunda reforma de las regulaciones estatales, por ejemplo: controlar la probidad de los funcionarios públicos, garantizar la transparencia en el financiamiento de partidos políticos y una ley específica sobre las contrataciones del Estado y la adjudicación de obras públicas.

La Contraloría General de la República ha jugado un papel de mucha importancia en la lucha contra la corrupción, puesto que es independiente de todos los poderes del Estado y así se ha comportado.

Según el abogado Claudio Moraga Klenner, miembro de la Institución Chilena de Derecho Administrativo, entrevistado por Infobae, "Las instituciones suelen funcionar correctamente en Chile, porque tratan de dar cumplimiento a sus objetivos, a través de los instrumentos que la ley pone a su disposición".

Eso permite la independencia del poder judicial frente al ejecutivo, lo cual es indispensable para que no haya impunidad. "Los tribunales en Chile -continúa- han dado muestra de estar en condiciones de parar programas de gobierno o de anular medidas que consideran ilegales o arbitrarias. Cada tanto se conocen casos de funcionarios juzgados y condenados por corrupción, lo que da una medida de justicia".⁴⁹

⁴⁹ <http://www.infobae.com/2014/04/13/1556812-como-hicieron-chile-y-uruguay-ser-los-paises-menos-corruptos/> (Consultado: 27 de junio de 2017)



Estos países que han sido analizados son algunos ejemplos de naciones que han encontrado mecanismos eficientes para luchar contra la corrupción y han podido erradicarla casi en su totalidad de forma exitosa, ya sea creando instituciones especializadas para ello como es el caso de Singapur, Hong Kong y Chile o también teniendo cero tolerancia hacia los actos de corrupción, afrontándolos y penalizándolos de forma igualitaria sin importar el nivel o clase social de las personas implicadas.

Cabe destacar el caso de Hong Kong, país que hace algunos años se encontraba dentro de los más corruptos a nivel mundial y ahora es un ejemplo en este tema; uno de los mecanismos empleados para luchar contra la corrupción es el programa de 3 ejes que consiste en la educación desde el pre-escolar, prevención y castigo. En este caso es la educación parte fundamental de este programa puesto que a todos los habitantes del país desde sus primeros años de vida, se les enseña sobre honestidad y valores más que sobre leyes y castigos.

Otro mecanismo anticorrupción por ejemplo, es la imposición de penas elevadas por actos de corrupción, así como multas de hasta 1 millón de euros o más, como sucede en Alemania; asimismo es impresionante ver que en China la corrupción es sancionada en muchos casos con cadena perpetua o hasta con la pena máxima, es decir la pena muerte.

Lo anterior deja en claro que es posible combatir la corrupción pero es necesario trabajar arduamente en ello e implementar nuevas formas de lucha y unir esfuerzos

para que día a día esta gran problemática pueda ser erradicada y en el caso concreto de Guatemala, que la sociedad no siga sufriendo las consecuencias de este grave fenómeno que tanto ha empobrecido a toda la nación.

5.2. Análisis de los tratados y convenios internacionales ratificados por la República de Guatemala en materia de corrupción

Hasta la presente fecha Guatemala ha ratificado dos instrumentos internacionales que establecen disposiciones relacionadas a la prevención, lucha y sanción de la corrupción y en base al contenido de dichas convenciones el Congreso de la República ya ha legislado varios tipos penales relacionados a dicho tema.

5.2.1. Convención Interamericana contra la corrupción

La Convención Interamericana Contra la Corrupción, promovida por la Organización de Estados Americanos (OEA), fue suscrita en la ciudad de Caracas, República de Venezuela, el 29 de marzo de 1996 y fue aprobada por el Congreso de la República de Guatemala el 10 de mayo de 2001 a través del Decreto No. 15- 2001.

Este convenio suscrito es un instrumento internacional que fue creado para prevenir y erradicar los actos de corrupción en los Estados que se adhieran a él, tiene como propósitos fundamentales según su Artículo II: 1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y 2 .Promover, facilitar y regular la

cooperación entre los Estados partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Asimismo este instrumento establece en sus Artículos VI, VIII, IX y XI propuestas de tipos penales para ser incluidos en la legislación de los Estados que ratifiquen el convenio. Entre estas recomendaciones se encuentran las conductas tipificadas en los delitos de cohecho pasivo y activo, contenidas en los Artículos 439 y 442 del Código Penal guatemalteco, así como el delito de cohecho activo transnacional regulado en el Artículo 442 Bis del mismo cuerpo legal;

De igual forma algunos tipos penales contenidos en el Decreto 31-2012 del Congreso de la República, Ley Contra la Corrupción, fueron creados en cumplimiento de otras recomendaciones hechas en esta convención, por ejemplo el delito de Enriquecimiento ilícito, regulado en el Artículo 31 de dicho decreto; tráfico de influencias, regulado en el Artículo 35 del mismo decreto; y el delito de malversación, el cual se encuentra en el Artículo 447 del Código Penal y fue reformado por el Artículo 30 de la Ley Contra la Corrupción.

5.2.2. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción

La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, se llevó a cabo el 9 de diciembre de 2003 en la Ciudad de Mérida, México, y fue aprobada por el Congreso de la República de Guatemala el 24 de noviembre del 2005, mediante el Decreto 91-2005.

Según la Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, en todo el mundo hay una tendencia creciente a tomar conciencia de que la lucha contra la corrupción es esencial para lograr un gobierno más eficaz, justo y eficiente. Cada vez son más los Estados que están comprendiendo que el soborno y el favoritismo obstaculizan el desarrollo y que piden, por lo tanto, a las Naciones Unidas que los ayuden a obtener los instrumentos para poner freno a esas prácticas. Dado que la corrupción tiene numerosas y variadas causas, las medidas destinadas a asegurar la prevención, el cumplimiento de la ley y el enjuiciamiento de los autores de los delitos que funcionan en algunos Estados tal vez no den los mismos resultados en otros.⁵⁰

Los objetivos principales de esta convención son: 1. Adoptar medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción, así como el fortalecimiento de las normas existentes. 2. Fomentar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción. 3. Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y bienes públicos.

La Convención tiene 71 Artículos, divididos en 8 capítulos. Los capítulos más importantes son cuatro y estos tratan los siguientes temas: medidas preventivas, penalización y aplicación de la ley, cooperación internacional y recuperación de activos.

⁵⁰ Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, División para Asuntos de Tratados. Nueva York, 2006. Op. Cit. Prólogo Pág. V

En estos capítulos se desarrollan las recomendaciones hechas a los Estados partes para ser incluidas en la legislación de cada uno, con el objeto de enriquecer y fortalecer el derecho interno y accionar de manera correcta en la aplicación de la convención y así alcanzar el objetivo principal que es combatir y erradicar la corrupción.

En el capítulo III de la presente Convención, titulado penalización y aplicación de la ley, se establece que cada Estado parte deberá incluir en su legislación una lista de delitos, varios de los cuales ya se encontraban regulados al momento de Guatemala adherirse a esta convención en el Decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal, estos delitos son: cohecho pasivo (Artículo 439), cohecho activo (Artículo 442), soborno a funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, que está regulado como cohecho activo trans-nacional (Artículo 442 Bis), abuso de funciones (Artículo 418), malversación o peculado (Artículo 445-447), apropiación y retención indebida (Artículo 272), encubrimiento propio e impropio (Artículos 474 y 475).

De igual forma en el mismo capítulo se encuentran los delitos de: Tráfico de influencias; enriquecimiento ilícito; aprovechamiento de información reservada o confidencial, y omisión de declaración, figuras penales que posteriormente fueron adicionadas a la legislación guatemalteca por medio del Decreto 31-2012 del Congreso de la República, Ley contra la Corrupción, asimismo por este mismo Decreto fueron reformados varios Artículos del Código Penal guatemalteco, casi en su mayoría los contenidos en el Título XIII “de los delitos contra la administración pública”, siempre con el objeto de fortalecer la legislación interna en materia de corrupción.



5.3. Propuesta de creación del tipo penal delimitado a la responsabilidad de funcionarios públicos electos por el voto popular, como forma de penalizar la corrupción

PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL DECRETO 17-73 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Constitución Política de la República de Guatemala establece que serán electos mediante sufragio universal y secreto: el presidente y vicepresidente, los diputados y el concejo municipal, este tipo de funcionarios en virtud del cargo que ostentan dentro de la administración, tienen una serie de obligaciones, así como derechos y prerrogativas;

Estos funcionarios fueron electos democráticamente por la población, en virtud de una campaña política llevada a cabo con el fin de ganar la confianza del pueblo y obtener su apoyo.

Habiendo logrado su objetivo es normal ver que estos políticos se olviden de sus promesas y planes de gobierno, utilizando el puesto únicamente para beneficios personales o de terceros, desfalcando así al país y apropiándose de las arcas del Estado, haciendo mal uso del poder o abusando del mismo, contribuyendo así al aumento de la corrupción dentro de la administración pública, que tiene como consecuencia un país en extrema pobreza, con deficiencias en todas las instituciones, las cuales muchas veces se llenan de empleados que, siguiendo el ejemplo de los



superiores solamente se dedican a corromper más el sistema volviéndolo ineficaz e inservible.

Por lo anterior se hace necesario entonces crear un tipo penal que regule exclusivamente lo relacionado con estos funcionarios y que en virtud de su responsabilidad frente a la población, contenga sanciones más fuertes y severas para éstos, sentando así un precedente para aquellas personas que tengan el deseo de llegar a los puestos más altos del Estado, teniendo presente que mientras más alto sea el cargo, más alta será la pena por actos de corrupción en el ejercicio del cargo.

ANTEPROYECTO DE PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL

DECRETO 17-73 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETO NÚMERO ____-2017

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que según el Artículo uno de la Constitución Política de la República de Guatemala, el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común, objetivo que se puede obtener por medio del correcto ejercicio de las atribuciones que confiere un cargo público a los funcionarios electos, siendo de vital importancia el actuar de éstos de forma íntegra, honrada y honesta.



CONSIDERANDO:

Que para combatir la corrupción que existe dentro de la administración pública, se debe iniciar especialmente con los funcionarios de mayor jerarquía, electos mediante sufragio universal y secreto, que ocupan altos cargos en los organismos más importantes del Estado.

CONSIDERANDO:

Que se hace necesaria la creación de un tipo penal que contenga penas más severas y rigurosas para los funcionarios públicos electos por el voto popular, como forma de sancionar y erradicar los actos de corrupción que se cometan en el ejercicio del cargo.

POR TANTO:

En ejercicio de la facultad que le confiere el Artículo 171 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

La siguiente modificación al Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República.

Artículo 1. Los funcionarios públicos electos mediante el voto popular que, abusando del cargo del que están investidos, cometieren cualquier delito, serán sancionados con el doble de la pena correspondiente al delito cometido.

Artículo 2. El presente Decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el diario oficial.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En base a todo lo expuesto en el contenido de la presente tesis, se puede concluir que son los funcionarios públicos el motor que hace trabajar a los organismos del Estado, es por esto que debe darse mucha más importancia a las personas que serán electas por la población para poner en sus manos el poder de dirigir dichos organismos, tomar decisiones y actuar en beneficio de la población.

El problema más grave de los últimos años ha sido colocar a las personas equivocadas al frente del país, puesto que han abusado de la autoridad que poseen derivada de los cargos públicos para los cuales fueron electos, viéndose esto traducido en actos de corrupción que tienen como consecuencia un Estado fallido, empobrecido y deficiente que impide llevar a cabo el cumplimiento de los principios fundamentales del mismo para el correcto desarrollo social, económico, jurídico y político de la nación.

Es por lo anterior que se hace necesaria la creación de un tipo penal que contenga penas más severas, contundentes y rigurosas para este tipo de funcionarios que atenten contra la administración y el Estado, esto con el objeto de luchar para combatir y erradicar la corrupción, y de esta forma trabajar para alcanzar el fin supremo del Estado que es la realización del bien común como lo preceptúa la Constitución Política de la República de Guatemala.





BIBLIOGRAFÍA

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

BAUTISTA, Oscar Diego. Ética para corruptos. 2ª ed. España: Ed. Desclée De Brouwer, 2009.

BAUTISTA, Oscar Diego. Tesis: La ética y la corrupción en la política y la administración pública. Universidad Internacional de Andalucía, España, 2005.

BIELSA, Rafael. Derecho administrativo (Los agentes de la administración pública, funcionarios y empleados públicos. El dominio público). Argentina: Ed. La Ley, 1964.

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. Derecho administrativo I. 4ª ed. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix. 2001.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. Derecho administrativo. 17ª ed. Guatemala: Ed. Impresiones Gráficas. 2006.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco DE MATA VELA. Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial. 19ª ed. Guatemala: Ed. Magna Terra, 2009.

FERNÁNDEZ VÁSQUEZ, Emilio. Diccionario de derecho público, Argentina, Ed. Astrea, 198.

GODINEZ BOLAÑOS, Rafael. La relación funcional, Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, Colección Juritex, 2012.



Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, División para Asuntos de Tratados. Segunda ed. Nueva York, Estados Unidos, 2012.

Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, División para Asuntos de Tratados. Nueva York, 2006.

https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCA_C_Legislative_Guide_S.pdf (Consultado: 12 de junio de 2017)

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **Ética en la administración pública**. Madrid, España: Ed. Civitas, 1996, No. 73.

<http://dle.rae.es/?id=GjqhajH>. (Consultado: 13 de mayo de 2016)

<https://es.wikipedia.org/wiki/Estado> (Consultado: 19 de mayo de 2016)

<http://www.monografias.com/trabajos6/hises/hises.shtml#ixzz48cjEdA00> (Consultado: 22 de mayo de 2016)

<https://es.wikipedia.org/wiki/Estado> (Consultado: 22 de mayo de 2016)

<http://www.eumed.net/diccionario/definicion.php?dic=3&def=461> (Consultado: 25 de mayo de 2016)

https://es.wikipedia.org/wiki/Democracia_liberal (Consultado: 25 de mayo de 2016)

<https://es.wikipedia.org/wiki/Administraci%C3%B3n> (Consultado: 25 de mayo de 2016)

<http://www.definicionabc.com/politica/administracion-publica.php> (Consultado: 10 de febrero de 2017)

<http://quees.la/funcionario/> (Consultado: 13 de febrero de 2017)

<http://dle.rae.es/?id=lbXs5CG> (Consultado: 15 de febrero de 2017)

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/ley-penal/ley-penal.htm> (Consultado: 27 de marzo de 2017)

https://es.wikipedia.org/wiki/Alfonso_Portillo (Consultado: 29 de mayo de 2017)

https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016 (Consultado: 20 de junio de 2017)



http://www.vozpopuli.com/actualidad/internacional/Fraude_fiscal-Corrupcion-Dinamarca_0_559444061.html. (Consultado: 25 de junio 2017)

<http://www.vertigopolitico.com/articulo/36785/5-paises-con-modelos-eficientes-anticorrupcion> (Consultado: 27 de junio de 2017)

<http://www.20minutos.es/noticia/2723996/0/corrupcion/china/pena-de-muerte/#xtor=AD-15&xts=467263> (Consultado: 27 de junio de 2017)

<http://www.infobae.com/2014/04/13/1556812-como-hicieron-chile-y-uruguay-ser-los-paises-menos-corruptos/> (Consultado: 27 de junio de 2017)

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Ed. Losada S.A. 1949.

LOZANO, Juan y Valeria MERINO DINARI. **Compiladores. Transparencia Internacional Latinoamérica y El Caribe. La hora de la transparencia en América Latina, el manual anticorrupción en la función pública**. Argentina: Ed. Granica S.A. 1998.

LARIOS OCHAITA, Carlos. **Derecho internacional público**. Octava ed. Guatemala: Ed. Maya'wuj, 2010.

MALEM SEÑA, Jorge F. **La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos**. 1ª ed. España: Ed. Gedisa, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 2002.

NARANJO MESA, Vladimiro. **Teoría constitucional e instituciones políticas**. Novena ed. Bogotá, Colombia: Ed. Temis. 2003.

Pérez Porto, Julián y María Merino. Consulta internet: <http://definicion.de/corrupcion/> (Consultado: 5 de mayo de 2017)



POCASANGRE, Henry. **Prensa Libre**. Sección de política. Guatemala, 25 de enero de 2017.

PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría del Estado**. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1958.

PRADO, Gerardo. **Teoría del Estado**. Sexta ed. Guatemala: Ed. Praxis, 2007.

SÁNCHEZ, Glenda. **Prensa Libre**. Sección de política. Guatemala, 31 de marzo de 2017.

WEBER, Max. **El político y el científico**. 5ª ed. Madrid, España: Ed. Alianza, 1981.

Legislación

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

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

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

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

Ley Contra la Corrupción, Decreto 31-2012 del Congreso de la República de Guatemala, 2012.



**Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Acuerdo Gubernativo No. 18-98 del
Presidente de la República, 1998.**

**Reglamento de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y
Empleados Públicos, Acuerdo Gubernativo No. 613-2005 del Presidente de la
República de Guatemala.**

**Convención Interamericana Contra la Corrupción, Decreto No. 15- 2001 del
Congreso de la República de Guatemala, 2001.**

**Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Decreto 91-2005 del
Congreso de la República de Guatemala, 2005.**