

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

**DERECHO DE DEFENSA Y SU VULNERACIÓN POR LA CONTRALORÍA
GENERAL DE CUENTAS EN LA SOLICITUD DE ACCIÓN PENAL POR
HALLAZGOS EN LA ETAPA ADMINISTRATIVA.**

DAYRA Ayme GONZÁLEZ FIGUEROA

GUATEMALA, AGOSTO DE 2018

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

**DERECHO DE DEFENSA Y SU VULNERACIÓN POR LA CONTRALORÍA
GENERAL DE CUENTAS EN LA SOLICITUD DE ACCIÓN PENAL POR
HALLAZGOS EN LA ETAPA ADMINISTRATIVA.**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DAYRA AYME GONZÁLEZ FIGUEROA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, agosto de 2018

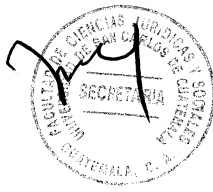
**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
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

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 Publico.



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



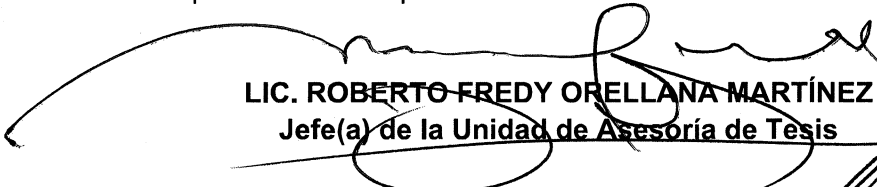
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
16 de julio de 2018.**

Atentamente pase al (a) Profesional, **WALFRED ORLANDO RODRÍGUEZ TÓRTOLA**
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
GONZALEZ FIGUEROA DAYRA AYME, con carné **200111529**,
intitulado **DERECHO DE DEFENSA Y SU VULNERACIÓN POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS EN**
LA SOLICITUD DE ACCIÓN PENAL POR HALLAZGOS EN LA ETAPA ADMINISTRATIVA..

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.


LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción **19 / 07 / 18** f)


Asesor(a)
(Firma y Sello)

Lic. Walfred Orlando Rodríguez Tórtola
Abogado y Notario

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala





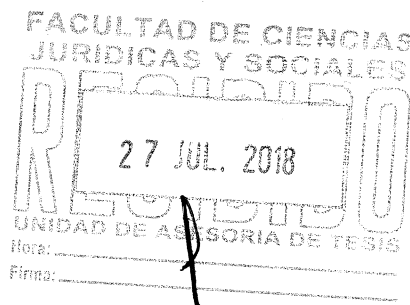
Lic. Walfred Orlando Rodríguez Tortola

Abogado y Notario

Cel.: 5966-4082

Guatemala, 25 de julio del 2018.

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
Presente

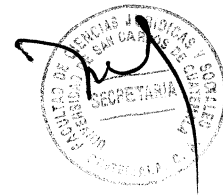


Licenciado Orellana Martínez:

Respetuosamente a usted informo que de acuerdo al nombramiento notificado a mi persona por la unidad de Asesoría de Tesis procedí a asesorar a la bachiller **DAYRA AYME GONZALEZ FIGUEROA**, quien elaboró el trabajo de tesis titulado **“DERECHO DE DEFENSA Y SU VULNERACIÓN POR LA CONTRALORIA GENERAL DE CUENTAS EN LA SOLICITUD DE ACCIÓN PENAL POR HALLAZGOS EN LA ETAPA ADMINISTRATIVA”**.

A este respecto y de conformidad con lo que establece el Artículo 31 del normativo para la Elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, del Examen General Publico, expresamente declaro que no soy pariente de la estudiante, ni de los grados de ley y para el efecto me permito rendir a usted el siguiente informe:

- a) En el contenido científico de la tesis, se pueden verificar las técnicas y métodos utilizados, siendo esta una contribución para la sociedad guatemalteca especialmente para el funcionario y/o empleado que desempeña una función pública y un aporte especial para la legislación guatemalteca.
- b) La investigación contiene suficientes referencias bibliográficas, siendo las correctas resguardándose el derecho de autor y sirviendo como base para sustentar y desarrollar el tema tratado.
- c) Las técnicas utilizadas fueron, las bibliográficas para poder fundamentar y apoyar el criterio legal en los argumentos planteados a favor del derecho de defensa y la vulneración al funcionario o empleado público en la etapa administrativa de la ejecución de la auditoria, además se utilizaron los métodos analítico, sintético, deductivo e inductivo por los cuales la bachiller analizó y expuso detalladamente los aspectos más relevantes que posteriormente



Lic. Walfred Orlando Rodríguez Tortola

Abogado y Notario

Cel.: 5966-4082

- la llevaron a conclusión discursiva con respecto al tema investigado. La técnica bibliográfica permitió recolectar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.
- d) Los aportes de la investigación son razonables y proporcionan suficientes fundamentos legales, basándose en la legislación guatemalteca, así como autores expertos en el tema siendo un aporte básico ya que se basa en un problema actual que está vulnerando el derecho de defensa del auditado.
 - e) Los capítulos se desarrollaron comprobándose la hipótesis planteada, con lo cual se contribuye de forma científica al sistema formativo guatemalteco.
 - f) En relación a la conclusión discursiva contenida en la presente investigación jurídica, esta es congruente con el plan de investigación aprobado en su oportunidad.
 - g) Declaro bajo juramento de ley que no soy pariente de la estudiante dentro de los grados de ley.

Por los aspectos antes indicados, considero que la investigación presentada por la Bachiller **DAYRA AYME GONZALAEZ FIGUEROA**, llena los requisitos de ley de esta casa de estudios superiores y en virtud de ello, emito **DICTAMEN FAVORABLE** con el objeto de continuar con el trámite académico respectivo.

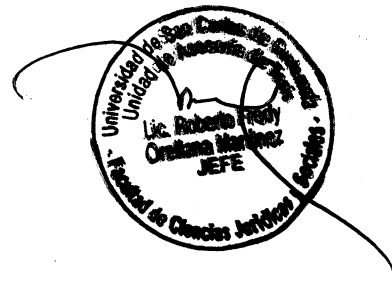
Sin otro particular me suscribo de usted, Atentamente.

Lic. Walfred Orlando Rodríguez Tórtola
Asesor de Tesis
Colegiado 8276

Lic. Walfred Orlando Rodríguez Tórtola
Abogado y Notario



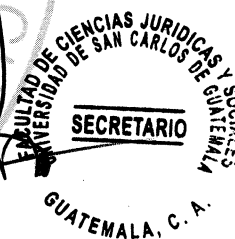
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 06 de agosto de 2018.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante GONZALEZ FIGUEROA DAYRA AYME, titulado DERECHO DE DEFENSA Y SU VULNERACIÓN POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS EN LA SOLICITUD DE ACCIÓN PENAL POR HALLAZGOS EN LA ETAPA ADMINISTRATIVA.. 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/cpchp.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Gracias Padre Celestial por guiar mi camino, por darme fortaleza en los momentos difíciles, gracias por la salud, y por las bendiciones que a diario derramas sobre mi familia.
- A MIS PADRES:** Gracias por ser mi guía durante mi formación, por sus buenos consejos, por su apoyo incondicional, por enseñarme a ser fuerte en todo momento, por amarme y cuidarme.
- A MIS ABUELOS:** Por su amor y consejos.
- A MIS HIJOS:** Stephany, Allison y Matthew; son el tesoro más grande que la vida me ha dado y fueron el motivo para cumplir mi meta, los amo con todo mi corazón.
- A MI ESPOSO:** Mario Antonio Siekavizza Álvarez
- A MIS HERMANOS:** Consuelo, Walter y William (QED), Gracias por el amor, cariño y por ser mis primeros amigos.
- A MIS SOBRINOS:** Por el cariño sincero y por formar parte de mi vida.
- A MIS AMIGOS:** Con aprecio y estima.
- A MI ASESOR:** Walfred Orlando Rodríguez Tórtola
- A USTED:** Con agradecimiento por su presencia
- A:** La gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, muchas gracias.



PRESENTACIÓN

Esta investigación se realizó debido a la arbitrariedad con la que está actuando el auditor gubernamental por temor más que por profesionalismo en la aplicación de las normas de auditoría que el ejercicio profesional y el código de ética les obliga a aplicar si bien es cierto que la problemática que en la actualidad se ha venido dando por actos de corrupción cometidos por parte de funcionarios o empleados públicos no es la excepción a la regla, y además no por un funcionario o empleado público se va a juzgar de la misma manera al que si realiza su trabajo de manera profesional y honrada, en todo hay excepción, sin embargo la arbitrariedad esta violentando un derecho de defensa constitucional vedando el derecho al trabajo y el libre desempeño profesional del funcionario o empleado público que no está relacionado en actos de corrupción. El aporte académico consiste en conocer cuáles son las limitaciones que el auditor gubernamental tiene a través de su legislación aplicable en el desempeño de su función y así como la responsabilidad en la que puede incurrir al no hacerlo de manera profesional.

De tal manera que es urgente analizar el tema, con la finalidad de presentar un resultado propositivo que coadyuve al auditor gubernamental el cumplimiento a la etapa de la discusión de hallazgo antes de generar una acción penal, el ámbito temporal para la realización de la investigación jurídica abarcó los meses de enero 2017 a marzo 2018 el ámbito geográfico se enmarco en el municipio de Guatemala, del departamento de Guatemala.



HIPÓTESIS

La Contraloría General de Cuentas, al realizar auditoría administrativa financiera o técnica, viola el derecho de defensa del auditado, toda vez que el auditor gubernamental agota la vía administrativa, sin concederle audiencia que le permita conocer, discutir y en su caso desvanecer los hallazgos detectados en la auditoría, previo a plantear denuncia ante el Ministerio Público. Por lo que es necesario dar audiencia para discusión de hallazgos a las personas auditadas, respetando así el derecho de defensa y el debido proceso, y evitar que al auditado se le restrinjan sus derechos a obtener una oportunidad laboral por una acción injustificada por incumplimiento a normas por parte del auditor gubernamental, que generaría la negación de la constancia transitoria de inexistencia de cargos.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Al concluir el presente estudio se logró comprobar la hipótesis planteada utilizando el método deductivo, al observar que dentro del trámite administrativo de la auditoría que realiza el auditor gubernamental financiera o técnica, no da audiencia para discusión de hallazgos, y en los casos en los cuales da la audiencia no cumplen con lo que dicen las normas y manuales en que están obligados a analizar las pruebas presentadas por el auditado y elaborar el acta donde dan el derecho de defensa a cada auditado para que se manifieste se han dedicado solo a elaborar una acta donde hacen constar la entrega por cada uno de los auditados sin escucharlos contrario a lo que regula la norma, y sin el análisis objetivo de la documentación y manifestación del auditado se atreven a hacer una calificación jurídica infundada legalmente sin tener la certeza de que lo manifestado a la hora de accionar penalmente pudo haberse dirimido en la vía administrativa a través de una corrección pudiendo ser sanciones administrativas, reintegros o informe de cargos para un juicio de cuentas.

Es importante mencionar que hay comisiones de auditoría que si hacen un trabajo muy profesional cumpliendo con lo que las normas de auditoría les regula y los resultados han sido aplicaciones legales administrativas y con rara excepción denuncia pero bien fundamentada.

Los informe en los cuales se ha accionado penalmente sin un cumplimiento adecuado de las normas de auditoría el Ministerio Público ha desestimado por establecer que no tienen indicios que puedan llevar a la aplicación de una acción penal bien fundamentada es decir no hay delitos que perseguir.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. El Estado.....	1
1.1. Administración Pública.....	2
1.2. Funciones administrativas.....	3
1.2.1. Planificación.....	4
1.2.2. Organización.....	5
1.3. Poder público.....	6
1.4. Personalidad jurídica.....	6
1.5. Principio de legalidad.....	7
1.6. Principales organizaciones del Estado de Guatemala.....	9
CAPÍTULO II	
2. Contraloría General de Cuentas.....	11
2.1. Atribuciones de la Contraloría General de Cuentas.....	14
2.2. Auditoría Gubernamental.....	19
2.2.1. Auditores Gubernamentales.....	20
2.3. Tipos de auditoría interna.....	21
2.4. Fiscalización a cargo de la Contraloría General de Cuentas...	23
2.4.1. Auditoría Financiera.....	24
2.4.2. Auditoría de Desempeño.....	25
2.4.3. Auditoría de Cumplimiento.....	25
2.5. Manuales de Auditoría.....	26



Pág.

2.6. Etapas de Auditoría.....	28
2.6.1. La familiarización.....	28
2.6.2. La planificación.....	29
2.6.3. Etapa de ejecución.....	31
2.6.4. Etapa de seguimiento.....	38
2.7. Leyes aplicables.....	38

CAPÍTULO III

3. Ministerio Público.....	43
3.1. Funciones.....	46
3.2. Fiscalía contra la Corrupción.....	50
3.3. Concepto de corrupción.....	54
3.4. Transparencia y rendición de cuentas.....	56
3.5. La acción penal y persecución penal.....	60

CAPÍTULO IV

4. Breves apuntes sobre derecho penal.....	63
4.1. El derecho penal.....	65
4.2. El derecho procesal penal.....	66
4.3. De la investigación.....	69
4.4. La prueba.....	74
4.4.1. Concepto fines y objetivos.....	75
4.4.2. Elementos de prueba.....	76
4.4.3. Órgano de prueba.....	77
4.4.4. Medio de prueba.....	78



	Pág.
4.4.5. Objeto de prueba.....	80
4.4.6. Prueba indiciaria.....	81
4.4.7. Libertad probatoria.....	83
4.4.8. Actividad probatoria.....	85
4.4.9. Valoración de la prueba.....	86
4.5. Concepto de delito.....	86
4.6. Delitos contra la corrupción.....	88
4.7. Denuncia.....	90
4.7.1. Forma y contenido.....	92
4.7.2. Tipos de denuncia.....	93
4.8. Análisis de resoluciones.....	94
4.9. Convenio de cooperación interinstitucional.....	117
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	121
BIBLIOGRAFÍA.....	123



INTRODUCCIÓN

Este trabajo de tesis se desarrolla por los siguientes motivos, evidenciar la arbitrariedad con la que actúan los auditores gubernamentales y la no aplicación de las normas nacionales e internacionales en el desarrollo de la auditoría, violación al derecho de defensa que muy repetidamente se comete contra el auditado al no realizar una discusión de hallazgos y en los casos en los que se realiza es solo por un simple requisito sin cumplir con lo que las normas les obliga, es decir como si no se hubiera llevado a cabo esa fase administrativa, lo que nos lleva a plantearnos la siguiente hipótesis. La Contraloría General de Cuentas, al realizar auditoría administrativa financiera o técnica, viola el derecho de defensa del auditado, toda vez que el auditor gubernamental agota la vía administrativa, sin concederle audiencia que le permita conocer, discutir y en su caso desvanecer los hallazgos detectados en la auditoría, previo a plantear denuncia ante el Ministerio Público. Por lo que es necesario dar audiencia para discusión de hallazgos a las personas auditadas, respetando así el derecho de defensa y el debido proceso, y evitar que al auditado se le restrinjan sus derechos a obtener una oportunidad laboral por una acción injustificada por incumplimiento a normas por parte del auditor gubernamental, que generaría la negación de la constancia transitoria de inexistencia de cargos lo que nos conlleva a plantear los siguientes objetivos señalar de forma clara las causas de obviar la audiencia al auditado, para discusión de hallazgos previo a iniciar una acción penal que conlleva la existencia de infracciones puramente administrativas. Establecer las consecuencias que generan la excesiva presentación de denuncias en contra de funcionarios y empleados públicos, mismas que no contienen actos que demuestren responsabilidad penal sino administrativa. Establecer los beneficios que obtendrá la Contraloría General de Cuentas en la aplicación correcta de sus normas a través de sus auditores gubernamentales y la descongestión que el Ministerio Público tendrá al no generar acciones penales sin fundamento o

causal que lo amerite, desarrollando este trabajo para una mejor ilustración y análisis en los siguientes capítulos. El primer capítulo, destaca el concepto de Estado, sus funciones desde el marco constitucional, enfatizando el ius puniendi, como referencia del Estado ante el ciudadano, en su facultad o derecho de sancionar. El segundo capítulo, se desarrolla la competencia de los Auditores Gubernamentales, encargados del control externo gubernamental a cargo de la máxima institución fiscalizadora del país, como lo constituye La Contraloría General de Cuentas, se incluye el marco de acción y sus actividades. El tercer capítulo, se estimó pertinente incluir la competencia de la persecución y acción penal por parte del Ministerio Público; y cuarto capítulo, se exponen algunos apuntes del derecho penal y de las normas procesales penales que amparan el planteamiento de la denuncia penal, como consecuencia del conocimiento de hechos delictivos. En el contenido científico del desarrollo de la tesis, se pueden verificar la aplicación de las técnicas y métodos utilizados, analítico sintético, inductivo deductivo y análisis de documentos dan un resultado positivo como contribución para la sociedad guatemalteca especialmente para el funcionario y/o empleado que desempeña una función pública y un aporte especial para la legislación guatemalteca.

Es de satisfacción personal haber realizado el presente trabajo con la intención de que sea un aporte tanto para los profesionales de las ciencias de auditoría así como todos los funcionarios y/o empleados públicos que dentro del desempeño de su función diaria a cada año les toca vivir las erróneas aplicaciones de normas que les generan responsabilidad derivado de un análisis equivoco, pero es importante también que el funcionario y/o empleado público sepa hacer su trabajo aplicando las normas y dando cumplimiento a leyes que regulan su desempeño para que cada vez que el auditor practique su auditoría tenga menos acciones que generar, ojala en un periodo no muy lejano las instituciones puedan ayudar a que los informes de auditoría puedan tener un buen resultado.



CAPÍTULO I

1. El Estado

Para conocer lo que es el Estado, se indica que la noción de Estado es una de las más complejas y controvertidas en el ámbito de las ciencias jurídicas, políticas y sociales en general, tanto desde el punto de vista de su origen, como de su naturaleza y fines. Para el tratadista Roberto Díaz, se puede decir: “Que el Estado es un organismo natural, semejante a los organismos biológicos, para otros es un alma nacional o espíritu popular, son muchos quienes los consideran una mezcla de diferentes elementos (territorio, hombres y normas), hay quienes ven en él un sistema de normas; quienes se lo explican como la personalidad jurídica de la nación, etc. Lo importante, sin embargo, es plantearse la cuestión del Estado desde el punto de vista histórico”¹.

Lo expresado con anterioridad, nos lleva a señalar que cualquiera que sea el concepto que se adopte, debe repararse en que la noción de Estado obedecerá siempre a las posiciones ideológicas de sus autores. Ante la diversidad de criterios que existen para explicar la naturaleza del Estado, los representantes de varias naciones se reunieron en Montevideo, en 1934 y celebraron la Convención Internacional sobre Derechos y Deberes Fundamentales de los Estados. Indica el Autor Díaz, que allí se aprobó el texto que reza: “El Estado es una reunión

¹ Manual Fundamentos de Derecho. Pág. 19.

permanente e independiente de hombres, propietarios de un cierto territorio común, y asociados bajo una misma autoridad, con un fin social”².

Este concepto que nos da la citada convención, se concatena con lo que señala el Artículo 140 de La Constitución Política de la República de Guatemala, que dice: “Estado de Guatemala. Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo”.

1.1 Administración Pública

El Licenciado Jorge Mario Castillo González, prestigioso docente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, en su obra Derecho Administrativo, aborda lo que es Administración Pública, diciendo: “Que el derecho administrativo estudia la administración del Estado de Guatemala o administración pública. El estudio comprende las funciones administrativas, la legislación y el derecho. “Funciones administrativas” se refiere a planificación, organización, liderazgo y control administrativo; “legislación” se refiere a toda clase de normas jurídicas relacionadas con la administración pública: Constitución, Decretos, Acuerdos y Reglamentos; y “derecho” se refiere al derecho general encabezado por el derecho civil y a los derechos especializados encabezados por el derecho administrativo”³.

Este marco conceptual de administración pública, se comprende en forma óptima, cuando el Licenciado Castillo González, indica “que las personas individuales

² Ibíd. Pág.23

³ Derecho Administrativo, Teoría General y Procesal, Pág.1



trabajan en la administración pública ejecutando funciones administrativas, basándose en la legislación y el derecho. La administración requiere organización y la organización es la ordenación sistemática de las personas individuales que, a través de la ejecución de las funciones administrativas, alcanzan objetivos, metas y resultados, ajustándose a la ley y al derecho. Las personas individuales se conocen con un nombre: funcionario y empleado público”⁴. Para iniciar el análisis del presente trabajo, tendré que tomar como fundamento el anterior enfoque que lo hace más práctico.

1.2 Funciones administrativas

El buen funcionamiento de la administración pública, que equivale a la calidad de la administración. Dice Jorge Castillo, “la calidad genera bienestar, felicidad y vida, las funciones administrativas influyen en el éxito de la Administración Pública, consistiendo cada función administrativa en Planificación que s definir las metas de la organización, trazar una estrategia para conseguirlas, elaborar planes y programas de trabajo y coordinar todas las actividades. Planificar es ver hacia el futuro. Organización es diseñar la estructura de la organización, determinar los trabajos a realizar decidir quién los debe realizar, como se agrupan los trabajos, quien reporta a quien y done se toman las decisiones. Liderazgo es dirigir y coordinar a las personas que trabajan en la organización. Control es monitorear el desempeño de la organización, evitar errores, corregir deficiencias, enderezar el curso hacia las metas y detectar problemas.”⁵. La calidad depende de la acertada

⁴ Ibíd. Pág. 1

⁵ Ibíd. Pág. 2

administración de las funciones administrativas de la planificación, organización y controles, por ejemplo. De manera que la comida diaria depende de la administración encargada de la producción, comercialización calidad y precio de los productos; el techo familiar depende de la administración encargada de facilitar financiamiento, créditos y programas de vivienda barata; la estabilidad del país depende de la administración encargada de la seguridad; y la salud depende de la administración encargada del abastecimiento y control del precio de las medicinas y del funcionamiento de hospitales y centros de salud.

La contraloría General de Cuentas realiza funciones administrativas de fiscalización, como una institución técnica descentralizada que dentro de sus funciones para delimitar las responsabilidades puede aplicar las normas de control interno.

1.2.1 Planificación

La planificación de todas las funciones del estado corre a cargo de la Secretaría General de Planificación Económica del Estado, cuyas actividades deben estar congruentes con los Acuerdos de Paz, además con las metas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas y las políticas públicas de los diferentes sectores. Después de estar elaborados los instrumentos técnicos, por medio del Consejo de Ministros estos se discutan y se proponen al Presidente de la República, para la aprobación de dichas políticas, planes y programas de gobierno.

Como acertadamente lo hace ver, el Licenciado Castillo González, “que la planificación se relaciona con el desarrollo económico y social de la sociedad y del Estado y obligadamente se base en el plan nacional de desarrollo y en planes sectoriales que armonizados producen un desarrollo equilibrado. El Organismo Ejecutivo asume la planificación, apoyándose en diversas organizaciones públicas, entre ellas, la Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia de la República, la Vicepresidencia de la República, el Ministerio de Finanzas Públicas, el Ministerio de Economía y las oficinas de planificación de cada organización pública, incluyendo entre ellas al Banco de Guatemala, la Superintendencia de Administración Tributaria. Este tipo de planificación es distinta de la planificación diaria, mensual o periódica de labores rutinarias que se llevan a cabo en todas las organizaciones públicas”⁶.

1.2.2 Organización

El jurista Jorge Mario Castillo, en el Capítulo IV de su obra Derecho Administrativo, detalla todo “lo relacionado con la organización jurídica del Estado de Guatemala”: “La Constitución Política de la República de Guatemala establece las bases constitucionales de la organización constitucional del Estado de Guatemala: Poder Público, Organismo Ejecutivo, Presidencia de la República, Decretos del Congreso de la República, descentralización, Congreso de la República y Organización territorial”⁷. Esto se explica porque el antecedente del presente trabajo es conocer

⁶ Derecho Administrativo, Teoría General y Procesal, Pág.275

⁷ Ibíd. Pág. 195



la acción penal que corresponde al Ministerio Público y la función fiscalizadora que le compete a la Contraloría General de Cuentas.

La Presidencia de la República, cabeza del Gobierno del Estado de Guatemala y cabeza de la administración pública, la dirige y la representa el Presidente de la República de Guatemala, en el campo político y en el campo administrativo, y la Constitución Política de la República de Guatemala en los Artículos 182 segundo párrafo y 183 inciso n), respectivamente, le atribuye la calidad de Jefe del Estado y superior jerárquico.

Los Decretos del Congreso de la República, equivalen a las leyes que fundamentan la actividad de gobernar. La descentralización equivale al método o técnica de gobernar, propuesto por la Constitución Política de la República de Guatemala de la República de Guatemala Artículo 224, segundo párrafo, al declarar que la “administración será descentralizada”. Otros Artículos constitucionales contienen referencias aisladas sobre la descentralización, principalmente el Artículo 134. El Congreso de la República y la organización territorial. El Congreso es la organización pública legislativa de mayor importancia del Estado. La organización territorial se refiere a la división del territorio para su administración y desarrollo.

La Contraloría General de Cuentas, es una institución descentralizada, forma parte del Estado de Guatemala, al considerarse que es una institución pública de carácter técnico. Esta institución fiscalizadora es derecho público, porque goza de

ese reconocimiento por parte de la Constitución Política de la República de Guatemala.

1.3 Poder público

La forma del Gobierno de Guatemala, se base en la República. El Artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala define la forma republicana en los siguientes términos: “Guatemala es un estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades.

1.4 Personalidad jurídica

“El Estado de Guatemala es persona jurídica y como tal, goza de personalidad jurídica. La personalidad jurídica da validez jurídica a las actuaciones del Estado de Guatemala. La Personalidad jurídica de la persona individual y la personalidad jurídica del Estado de Guatemala, persigue la misma finalidad: adquirir derechos y contraer obligaciones por cuenta propia”⁸.

1.5 Principio de legalidad

El Dr. Vladimir Osmán Aguilar Guerra, hace referencia al principio de legalidad, indicando que es “un principio fundamental, generalmente es reconocido en los ordenamientos constitucionales de los diferentes Estados”. El Estado moderno interviene de forma reiterada y generalmente contundente en muchas esferas de la vida de los ciudadanos afectando sus derechos, porque el Estado legisla, dicta y

⁸ Castillo González, Jorge Mario, Derecho Administrativo Teoría General y Procesal, Pág. 196



emite actos que trascienden al estatus de cada persona. De ahí, que la vinculación del principio de legalidad se extiende a todos los poderes. Por lo tanto, todo acto de autoridad debe ajustar su actuación al orden legal, es decir, las actuaciones de la administración pública deben encontrarse ajustadas a ley”.

Asimismo, el principio de legalidad resulta el límite ajustado al desvío del poder, ya que conlleva la obligación de someter la discrecionalidad a los límites jurídicos razonables (los actos estatales deben poseer un contenido justo, razonable y valioso) de la misma. El principio de legalidad se opone a los actos que estén en contraste con la ley, a los actos no autorizados por la ley y a los actos no regulados completamente por la ley. La autoridad solo puede hacer lo que la ley le permite. Dicho de otra forma, es inválido todo acto de los poderes públicos que no sean conforme a la ley.

El principio de legalidad que reconoce la Constitución Política de la República de Guatemala, va de la mano con el Principio de Supremacía constitucional que tiene sustento en los Artículos 44, 175 y 204. Referirse a la supremacía constitucional es colocar a la Constitución Política de la República de Guatemala en la cúspide del ordenamiento jurídico de un Estado Constitucional de Derecho, como es el caso de Guatemala, y para controlar los posibles excesos de poder, surge el control de constitucionalidad de las leyes, el cual es realizado mediante dos sistemas de control: El Americano, Anglosajón o difuso y el Europeo, Austriaco o Concentrado. En el ordenamiento jurídico guatemalteco se reconoce un control mixto, que implica una combinación de ambos sistemas.

De acuerdo a las normas constitucionales anteriores, se infiere que la Constitución Política de la República de Guatemala no sólo es el criterio de legalidad de las normas, sino de legitimidad del sistema. Proclama el techo valorativo de todas las normas infraconstitucionales y los fines a los que tienen que dirigirse las actuaciones de los poderes públicos.

Los mecanismos de control en nuestro sistema deben funcionar y son institucionalizados para ello, la responsabilidad del funcionario que se exceda de sus facultades legales, debe ser objeto de declaración de responsabilidades y sólo así es como el régimen de derecho se verá fortalecido”⁹.

La Constitución Política de la República de Guatemala señala la responsabilidad de todo aquel funcionario que se excede de sus facultades legales, de manera solidaria con el Estado o la institución a la que sirve, Artículo 155. Ello sin perjuicio de las responsabilidades penales o administrativas que pudiera incurrir.

1.6 Principales organizaciones del estado de Guatemala

Jorge Mario Castillo dice: “La organización del Estado de Guatemala está integrada con personas individuales, encargadas de las funciones administrativas y del cumplimiento de la Constitución y las leyes”. Tales personas se conocen con el nombre común de funcionarios o empleados y trabajadores públicos e integran un conjunto de organizaciones públicas que constituyen una organización política y administrativa compleja. Esta organización se simplifica, centrando el estudio en tres organizaciones públicas principales, que se conocen con el nombre de

⁹ Colegio de Abogados, Revista 62 Enero-Diciembre 2012, Pág. 26



Organismos del Estado: Legislativo, encargado de hacer leyes, Ejecutivo, encargado de aplicar leyes a casos concretos y Judicial, encargado de aplicar leyes en casos de conflicto. La Constitución Política de la República de Guatemala estableció los tres organismos y estableció la separación entre ellos, prohibiendo la subordinación. La Constitución Política de la República de Guatemala a la par de los Organismos, estableció otras organizaciones igualmente principales: la Contraloría General de Cuentas, encargada de la fiscalización de los ingresos y egresos y de todo interés hacendario; la Procuraduría de los Derechos Humanos, encargada de supervisar a la administración pública en la observancia de los derechos humanos; la Fiscalía General de la República o Ministerio Público, encargada de promover la acción penal y la debida ejecución de las leyes; la Procuraduría General de la Nación, encargada de la representación del Estado; el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, encargado de controlar la juridicidad de la administración pública y resolver cualquier conflicto por actos y resoluciones de la administración pública, el Tribunal Supremo Electoral, encargado de los procesos electorales, los derechos políticos y la organización política; y la Corte de Constitucionalidad, encargada de auto limitar el ejercicio de la autoridad a través del amparo y de la constitucionalidad de las leyes”¹⁰.

¹⁰ Ibíd. Pág. 262



CAPÍTULO II

2. Contraloría General de Cuentas

La Asamblea Nacional Constituyente integrada en 1985, promulgó la Constitución Política de la República de Guatemala, vigente a la fecha, en la que en su Artículo 232 se establece: “La Contraloría General de Cuentas es una institución técnica y descentralizada, con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas. También están sujetos a esta fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier otra persona que, por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos. Su organización, funcionamiento y atribuciones serán determinados por la ley”.

Con la suscripción de los Acuerdos de Paz, en 1996, el Estado de Guatemala asume el compromiso específico de reformar, fortalecer y modernizar la Contraloría General de Cuentas; de igual manera, la Comisión de Acompañamiento de los Acuerdos de Paz volvió a colocar como una prioridad la sanción de una nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas y su Reglamento. El 5 de junio del año 2002 fue emitido el Decreto 31-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas. En estas reformas se establece que la Contraloría es el órgano rector de control gubernamental, permitiéndole implementar los mecanismos adecuados,

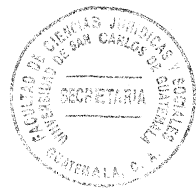
para que, con la utilización de nuevos criterios técnicos y tecnológicos, pueda garantizar la transparencia en la utilización del erario público.

Posteriormente, el Decreto 31-2002 fue modificado por medio del Decreto No. 13-2013, en el cual se establece que la Contraloría General de Cuentas es el ente técnico rector de la fiscalización y el control gubernamental y tiene como objetivo fundamental dirigir y ejecutar con eficiencia, oportunidad, diligencia y eficacia las acciones de control externo y financiero gubernamental, así como velar por la transparencia de la gestión de las entidades del Estado o que manejen fondos públicos, la promoción de valores éticos y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, el control y aseguramiento de la calidad del gasto público y la probidad en la administración pública. Asimismo, se indica que corresponde a la Contraloría General de Cuentas la función fiscalizadora y de control gubernamental en forma externa de los activos y pasivos, derechos, ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario de los Organismos del Estado, Entidades Autónomas y Descentralizadas, las Municipalidades y sus Empresas, fideicomisos constituidos con fondos públicos, Consejos de Desarrollo, instituciones o entidades públicas que por delegación del Estado presten servicios, instituciones que integran el sector público no financiero, de toda persona, entidad o institución que reciba fondos del Estado o haga colectas públicas y de empresas no financieras en cuyo capital participe el Estado, bajo cualquier denominación así como las empresas en que éstas tengan participación. También están sujetas a esta fiscalización y control externo los contratistas de obras públicas, organizaciones no gubernamentales, asociaciones, fundaciones, patronatos,

comités, organismos regionales e internacionales, fideicomisos y cualquier persona individual o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, que por delegación del Estado reciba, invierta o administre fondos públicos, incluyendo donaciones recibidas y ejecutadas por el Estado, en lo que se refiere al manejo de estos fondos.

En el primer considerando del Decreto Número 31-2002 del Congreso de la República, Ley Orgánica de La Contraloría General de Cuentas, se indica que el Decreto Número 1,126 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene la Ley Orgánica del Tribunal y Contraloría de Cuentas, o sea la anterior ley de la Contraloría de Cuentas, ya no responde a los requerimientos necesarios que conllevan las funciones técnicas que debe ejercer el Organismo Superior de Control y Fiscalización de los recursos financieros que se generan de la hacienda y el crédito público y del pago de impuestos y que por otra parte, es necesaria una ley que se ajuste al régimen de control y fiscalización que preceptúa la Constitución Política de la República de Guatemala.

De esa cuenta, por medio del Decreto Número 31-2002 del Congreso de la República, se decretó una nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, que en el primer párrafo de su Artículo 1 estipula: "Naturaleza Jurídica y Objetivo Fundamental. La Contraloría General de Cuentas es una institución pública, técnica y descentralizada. De conformidad con esta Ley, goza de independencia funcional, técnica, presupuestaria, financiera y administrativa, con capacidad para establecer delegaciones en cualquier lugar de la República". El ámbito de competencia y objetivo de dicha ley están contenidos en sus Artículos 1



y 2, que ya fueron descritos en el esbozo presentado anteriormente y corresponden al apartado de historia, contenidos en la página electrónica de la Contraloría General de Cuentas.

2.1 Atribuciones de la Contraloría General de Cuentas

Estas se encuentran descritas en el Artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, Decreto Número 31-2002 del Congreso de la República y sus reformas. Para efectos relacionados con los informes de auditoría a cargo de los auditores gubernamentales, se citarán las atribuciones de la Contraloría General de Cuentas, consignadas en los incisos a), b), c), f), j) y t) de dicho Artículo, que dicen: “....Ser el órgano rector de control gubernamental...Efectuar el examen de operaciones y transacciones financieras administrativas a través de la práctica de auditorías con enfoque integral..., emitiendo el informe sobre lo examinado de acuerdo con las normas de auditoría generalmente aceptadas y de auditoría gubernamental vigentes; Normar el control interno institucional y la gestión de las unidades de auditoría interna, proponiendo las medidas que contribuyan a mejorar la eficiencia y eficacia de las mismas. Promover de oficio y ser parte actora de los juicios de cuentas en contra de los funcionarios y empleados públicos, representantes legales de Organizaciones No Gubernamentales, representantes legales de fideicomisos constituidos con fondos públicos, contratistas y cualquier persona que maneje fondos públicos;Examinar la contabilidad de los contratistas de obras públicas y de cualquier persona individual o jurídica que, por delegación del Estado, reciba, invierta o administre fondos públicos, así como en aquellas en que el Estado delegue la administración, ejecución o supervisión de



obras o servicios públicos, en lo relacionado con fondos del Estado; Promover mecanismos de lucha contra la corrupción; coadyuvar con el Ministerio Público en la investigación de los delitos en contra de la hacienda pública”.

De la transcripción de esta disposición legal y su relación con el Artículo 1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, se puede destacar que su objetivo fundamental es dirigir y ejecutar con eficiencia, oportunidad, diligencia y eficacia las acciones de control externo y financiero gubernamental, así como velar por la transparencia de la gestión, promoción de valores éticos y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos.

Para el objetivo del presente trabajo, es importante describir algunas de las atribuciones del Contralor General de Cuentas, que se encuentran contempladas en el Artículo 12 de su ley orgánica, que se relacionan la representación y jurisdicción de la institución, la práctica de auditorías, la emisión de acuerdos, Etc., se ese sentido detallo las siguientes:

- Representar y dirigir la institución.
- Ejercer jurisdicción sobre todas las dependencias de la institución
- Imponer sanciones administrativas a los funcionarios y empleados de la institución conforme al régimen de administración de recursos humanos a que se refiere la literal z) del Artículo 4 de la presente Ley, así como a las autoridades, a los funcionarios y empleados públicos en general, ejerciendo su función fiscalizadora, aplicando el procedimiento estipulado en el Artículo 40 de la presente Ley;

-Aprobar políticas, normas y manuales de control gubernamental de observancia obligatoria para los organismos, entidades y personas a que se refiere el Artículo 2 de la presente Ley;

-Aprobar los reglamentos administrativos internos de la institución:

-Oficializar los informes y dictámenes de auditoría que le presenten los auditores gubernamentales y los auditores independientes o firmas de auditoría privada contratados de acuerdo con la literal l) del Artículo 4 de la presente ley, mediante el aval correspondiente cuando proceda.

-Emitir los acuerdos internos necesarios;

-Imponer las sanciones administrativas o pecuniarias que establecen las leyes del país, dentro del ámbito de su competencia, así como otorgar rebajas de hasta un cincuenta por ciento (50%) sobre los montos que se hubieren impuesto, según la gravedad de las faltas en que se incurriere por parte de funcionarios y empleados públicos. Sobre los montos impuestos derivados de las sanciones contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado, la Contraloría General de Cuentas podrá otorgar de forma fundamentada un porcentaje de rebaja según lo considere. La Contraloría General de Cuentas deberá emitir la normativa que regule lo relativo a las disminuciones, el instrumento lo publicará en el Diario Oficial.

Antes de apartarme de las funciones de la máxima institución fiscalizadora del país, transcribo apuntes discernidos por la Licenciada Ligia Vargas, Asesora de Análisis Sectorial de la Contraloría General de Cuentas, que dan relevancia al enfoque sectorial de la fiscalización, como herramienta para profundizar el control gubernamental y la fiscalización:



Los vientos globales soplan hacia una intervención más integral del Estado para que preste mejores servicios, en este sentido las Normas internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI) pretenden que las entidades públicas sean más confiables y receptivas en la prestación de servicios y más flexibles para responder a las necesidades cambiantes. En este contexto las tareas de auditoría también podrán ser utilizadas para destacar las buenas e innovadoras prácticas que existen en la administración pública y facilitar el aprendizaje mutuo entre las diferentes entidades del sector público.

Nuestra experiencia institucional nos ha enseñado que el único camino posible es que las entidades públicas se conecten más a las legítimas aspiraciones de los ciudadanos, al producir más y mejor valor público. Los ciudadanos son sensibles no sólo al contenido y los resultados de las políticas, sino también a la forma en que las políticas se diseñan e implementan y se ajustan a las normas generales de comportamiento. No es sólo el porqué de las políticas lo que importa, sino que el cómo, para quién y con quién.

Para concretar el enfoque sectorial del control gubernamental, La Contraloría General de Cuentas requerirá de cada entidad pública desarrolle y presente definiciones estratégicas que: i) especifiquen la misión, los objetivos, los productos estratégicos y los usuarios/beneficiarios de la entidad; ii) Vinculen los objetivos de la entidad con las Políticas Públicas o los Programas de Gobierno; los Planes Estratégicos Institucionales, los Planes Operativos, metas e indicadores y iii) se elaboren sobre la base de un marco lógico de resultados, productos, procesos e insumos. El propósito es examinar si las posibles deficiencias en los sistemas de

organización, de gestión y de apoyo han afectado la capacidad de entregar los resultados esperados. Los exámenes objetivos y confiables de las acciones, programas, sistemas y actividades que se impulsarán, buscarán que las organizaciones gubernamentales funcionen de acuerdo con los principios de economía, eficiencia y eficacia.

El Estado de Guatemala es signatario de diversos instrumentos internacionales destinados a diseñar políticas y estrategias orientadas a mejorar las condiciones y calidad de vida de la población. Además, hay legislación y políticas nacionales: en otras palabras, su marco normativo es abundante. No obstante, hay un gran desafío en el plano de la ejecución y concreción de esos postulados, necesitándose aún fortalecer la eficiencia, la economía, la eficacia, la obtención de resultados y sostenibilidad. El interés es que las entidades públicas fortalezcan la planificación sectorial y realicen su trabajo con visión integral, partiendo de políticas públicas conectadas a una visión de desarrollo, tomando como punta de lanza los compromisos de Estado, que aparecen en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas.

La idea es hacer realidad la naturaleza sistémica del Estado, para que varias entidades públicas en tiempo real apunten hacia los mismos objetivos y que sus planes expresen metas que contribuyan al logro de resultados en beneficio de la población. Hacia allí apunta la visión sectorial del control gubernamental de la Contraloría General de Cuentas al valorar la acción complementaria entre entidades que en permanente interacción con otras, pueden generar más valor público al servicio de la población.

“Con el afán de generar más integralidad en el quehacer institucional al servicio de la población, la Contraloría General de Cuentas está alineando su organización interna para desarrollar intervenciones sectoriales de control gubernamental para reflejar más lo multidimensional de la gestión pública. Por ejemplo, el sector salud y seguridad social; sector educación, ciencia, cultura y deportes; sector comunicaciones, infraestructura y vivienda; medio ambiente y recursos naturales; energía y minas: economía, finanzas y trabajo; seguridad, justicia y defensa; municipalidades y Consejos de Desarrollo, etc.”, indicó el Dr. Jorge Ruano, Asesor del Despacho.

“El referido enfoque permite que una vez que los auditores conocen el sector se encuentren en la capacidad de identificar dónde se ubican los mayores riesgos, a donde se destinarán las principales acciones de control, también se estarán implementando las normas ISSAI donde se llevarán a cabo auditorías financieras de desempeño y cumplimiento, con el objeto de verificar no solo que se haya aplicado la normativa legal vigente y que existan los documentos de respaldo necesarios, sino que adicionalmente se comprobará que se alcancen los objetivos, metas e impactos programadas en las políticas, programas y proyectos, revisando la pertinencia entre el plan estratégico de las entidades con las referidas políticas, programas y proyectos.”

2.2 Auditoría Gubernamental

Para adentrarnos al concepto de auditoría gubernamental, se hace necesario conocer lo que es control gubernamental, que es el conjunto de principios,



órganos, normas y procedimientos que rigen y coordinan el ejercicio del control interno y externo gubernamental.

El control externo gubernamental, que le compete a la Contraloría General de Cuentas, por medio de sus Auditores Gubernamentales, puede ejercerse en forma posterior o concurrente, en esa actividad debe diseñarse un plan de auditoría, es decir una auditoría con enfoque integral, que examine y evalúe las actividades administrativas financieras y de gestión.

Conforme el Diccionario de la Real Academia Española, Auditoría es la revisión de la contabilidad de una empresa, sociedad, e, realizada por un auditor.

2.2.1 Auditores gubernamentales

Los auditores Gubernamentales, previamente deberán pasar un proceso de selección por parte de la Dirección de Recursos Humanos, debiendo acreditar los títulos profesionales de Contador Público y Auditor, con cargo a los renglones presupuestarios 011, personal permanente, 022 personal por contrato, 184 Servicios Económicos, contables y de auditoría (Manual de Clasificaciones Presupuestarias, VIII Clasificación por objeto del gasto).

El Auditor Gubernamental es el profesional de la Contraloría que realiza funciones de fiscalización y control gubernamental en las entidades que contempla el Artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas.

No obstante lo anterior el Artículo 27 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, dice: “auditor Gubernamental. Se denomina así a la persona

responsable de la supervisión, revisión, desarrollo y ejecución del trabajo de auditoría en las instituciones o personas que fiscaliza.

Para ser nombrado auditor gubernamental, debe cumplirse con los requisitos siguientes: a) Poseer las competencias profesionales necesarias; honorabilidad, honestidad, ética y moral, debiendo estar actualizado en temas y normativa relacionada con la fiscalización, control gubernamental y buenas prácticas; b) Acreditar como mínimo los cursos anuales de capacitación impartidos por la Escuela de Control Gubernamental para las Buenas Prácticas; y, c) Mantenerse actualizado en leyes, reglamentos, manuales y demás disposiciones legales, técnicas, administrativas y operativas que tengan relación con el desempeño de su función y apegar sus actuaciones a este marco regulatorio.

El Artículo 56 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, contiene la normativa relacionada con la independencia de funciones del Auditor Gubernamental. De conformidad con la ley, los auditores gubernamentales ejercerán sus funciones con absoluta independencia. En consecuencia, son responsables de sus actuaciones en la calidad con que ejercen la función fiscalizadora y de control gubernamental; para el efecto, esas actuaciones deberán cumplirse de conformidad con las leyes y normas técnicas aplicables.

2.3 Tipos de auditoría interna

El primer párrafo del Artículo 6 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, prescribe que la Contraloría General de Cuentas normará lo relativo a las



actividades técnicas que ejercerán las unidades de auditoría interna de los organismos, instituciones y entidades del Estado.

Se describen los tipos de auditoría interna, que destacan los sistemas de control interno, que en cada unidad interna de las instituciones sujetas a fiscalización por parte de la Contraloría General de Cuentas, son responsables y deben desarrollar:

a) Control interno Institucional. Es el control que ejercen las autoridades superiores, los responsables de las unidades ejecutoras y los encargados de las operaciones realizadas en el ámbito de sus funciones, así como el realizado por la unidad de auditoría interna de cada entidad, con base en las disposiciones legales pertinentes, reglamentos, manuales e instructivos específicos aprobados por la autoridad competente y los lineamientos generales del Sistema de Administración Financiera –SIAF-, Sistema de Auditoría Gubernamental –SAG- y las Normas Internacionales de las Entidades Superiores –ISSAI-.

b) Control Interno Concurrente o Concomitante. Son los sistemas y procedimientos aplicados por las unidades de administración Financiera –UDAF- de las instituciones que conforman la administración pública, implementando mecanismos de control, monitoreo o supervisión permanente en la ejecución de las operaciones y registros para el cumplimiento de las normas administrativas, legales y técnicas conforme a lo programado.

c) Control Interno Previo. Este control es ejecutado por el personal responsable del trámite o gestión normal de las operaciones. Son los procedimientos que se



aplican antes de la ejecución de las operaciones o de que sus actos causen efectos, verificando el cumplimiento de las normas que lo regulan y los hechos que lo respaldan y asegurando su conveniencia y oportunidad en función del plan operativo anual de trabajo de cada entidad.

d) Control Interno Posterior. Comprende los procedimientos de control aplicados por la unidad de auditoría interna de cada entidad, para la evaluación de sus procesos, sistemas, operaciones, actividades y sus resultados en forma posterior a su ejecución, aplicando los lineamientos del Sistema de Auditoría Gubernamental –SAG- y Sistema de Administración Financiera –SIAF-, así como lo establecido en reglamentos, manuales de procedimientos e instrumentos específicos de cada unidad ejecutora y cualquier disposición legal pertinente que debe observarse para evaluar dichos resultados, incluyendo las Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores –ISSAI-. Sobre estas normas internacionales me referiré más adelante.

2.4 Fiscalización a cargo de la Contraloría General de Cuentas

En este apartado se analizará el tipo de Auditoría, según los modelos establecidos en la normativa de la Contraloría General de Cuentas para cumplir con las funciones que le asigna la Ley, realiza de forma individual e integral, según sean las necesidades, diversos tipos de auditorías, incluyendo las contenidas en las Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores –ISSAI-, tales como auditorías financieras, de desempeño y de cumplimiento. El procedimiento



para desarrollar los diferentes tipos de auditorías está en los reglamentos, manuales, normas internas y guías entre otras disposiciones.

Cuando el auditor Gubernamental se presenta ante la institución que va a fiscalizar debe contar con su carnet que lo identifica como tal, asimismo, deberá presentarse ante la autoridad superior de la institución, presentando su nombramiento de auditoría, firmado por el Director de Auditoría del Sector que corresponda, con el Visto Bueno del Sub Contralor de Calidad de Gasto Público. En caso corresponda practicar auditorías a las declaraciones juradas patrimoniales, con el fin de realizar el análisis, comprobación y confirmación de la situación patrimonial reportada, el nombramiento deberá ir firmado por el Director o Directora de Probidad, con el Visto Bueno del Sub Contralor de Probidad. En el nombramiento se indicará el tiempo en que debe cumplirse la auditoría, el período a fiscalizar, así como las especificaciones y alcances de su intervención.

2.4.1 Auditoría financiera

Examina los estados financieros y la liquidación del presupuesto de las entidades contempladas en el Artículo 2 de la Ley, con el fin de dar una opinión profesional independiente sobre la razonabilidad del contenido de los mismos, incluyendo la revisión de toda la evidencia documental u otro material que sustente la veracidad y transparencia en el manejo de los recursos públicos confiados a los responsables de su administración y ejecución.



2.4.2 Auditoría de desempeño

Examina si las entidades contempladas en el Artículo 2 de la Ley cumplieron con sus objetivos, metas y atribuciones y si utilizaron los recursos de acuerdo con la normativa y el fin para el cual les fueron asignados. Los criterios de evaluación utilizados son la eficacia, eficiencia y economía, así como la calidad de los bienes y servicios orientados a la búsqueda del bien común. Este tipo de auditoría mide el impacto social de la gestión pública y compara lo programado con lo ejecutado y los resultados obtenidos; además busca detectar problemas, analizar sus causas y formular recomendaciones para resolver los problemas identificados y consecuentemente, mejorar el desempeño de la institución examinada.

Las normas para la auditoría de desempeño reflejan la necesidad de que los auditores sean flexibles, sensibles, creativos en su trabajo y con un juicio profesional lógico en todas las etapas del proceso de auditoría.

2.4.3 Auditoría de cumplimiento

Examina si las entidades contempladas en el Artículo 2 de la Ley de la Contraloría General de Cuentas, cumplen con las normas, leyes, reglamentos, contratos y convenios, entre otros. Los principios fundamentales de auditoría establecen que el auditor habrá de planificar sus tareas de manera tal que asegure una auditoría de alta calidad y que su realización se ajusta a los principios de economía, eficiencia, eficacia y prontitud. Quienes planifiquen la auditoría deben informarse de las exigencias aplicables a la entidad auditada.

2.5 Manuales de auditoría

La función fiscalizadora de la Contraloría General de Cuentas debe realizarse de conformidad a procedimientos estrictamente técnicos, generalmente aceptados y siempre dentro del marco de legalidad, el ocho de septiembre de dos mil diecisiete fueron aprobadas las Normas de Auditoría Gubernamental de carácter técnico denominadas “Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores adaptadas a Guatemala –ISSAI.GT-“, de esa cuenta por medio del Acuerdo Número A-107-2017 del Contralor General de Cuentas de fecha diez de noviembre de dos mil diecisiete, aprueba los Manuales de Auditoría Gubernamental siguientes:

- a) Manual de Auditoría Gubernamental de Financiera
- b) Manual de Auditoría Gubernamental de Cumplimiento
- c) Manual de Auditoría Gubernamental de Desempeño.

El Manual de Auditoría Gubernamental de Financiera, tiene como objetivos desarrollar los principios y disposiciones establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, aplicando un modelo funcional de estructura organizacional y administrativa de la Institución en coherencia con las normas internacionales de fiscalización y control gubernamental, facilitando que sus direcciones y demás unidades administrativas cumplan eficaz y eficientemente con sus funciones a partir de un modelo de trabajo sectorial que garantice y facilite la rendición de cuentas y una mejora continua en los procesos de auditoría financiera, de desempeño y cumplimiento. Asimismo, establecer criterios,

metodologías y procesos de auditoría financiera que le corresponde efectuar a la Contraloría General de Cuentas en el Ejercicio de su Función. Es importante señalar que este Manual pretende estandarizar el trabajo de los auditores gubernamentales, para elevar el grado de eficiencia, efectividad y economía en el desarrollo de la auditoría financiera.

El Manual de Auditoría Gubernamental de Cumplimiento, tiene como objetivos: 1. Establecer criterios, metodología y procesos de auditoría de cumplimiento que le corresponde efectuar a la Contraloría General de Cuentas en el ejercicio de su función. 2. Estandarizar el trabajo de los auditores gubernamentales para elevar el grado de eficiencia, efectividad y economía en el desarrollo de la auditoría de cumplimiento; y 3. Aplicar las Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores adaptadas a Guatemala –ISSAI.GT-.

El Manual de Auditoría Gubernamental de Desempeño, tiene entre otros como objetivo establecer criterios, metodología y procesos de auditoría de desempeño que le corresponde efectuar a la Contraloría General de Cuentas en el ejercicio de su función.

El Acuerdo Número A-107-2017 del Contralor General de Cuentas, deroga el Manual que se utilizaban a partir del mes de junio del dos mil cinco, el denominado “MANUAL DE AUDITORIA GUBERNAMENTAL, que constaba de tres tomos, el Tomo I comprendía la parte introductoria y módulo de planificación, el Tomo II, el Módulo de Ejecución de la auditoría y el Tomo III correspondía al Módulo de Comunicación de resultados. Este Manual viene a ser modificado con las Normas

Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores, correspondientes a la Organización internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores -INTOSAI-.

2.6 Etapas de auditoría

Los Manuales de Auditoría vigentes, y que los Auditores Gubernamentales toman como referencia, constan de las siguientes etapas I. Familiarización; II Planificación; III Ejecución; IV Comunicación de resultados; y V. Seguimiento.

Para efectos del tema de tesis, se hace necesario exponer en forma somera estas etapas, porque constituyen el procedimiento de Auditoría, que tendrá como resultados inconsistencias, es decir hallazgos, que en algunos casos constituyen hechos delictivos que encuadran en las figuras delictivas.

2.6.1 La familiarización

La familiarización se refiere a la comprensión de las operaciones de la entidad, constituye un requisito fundamental para entender e identificar las actividades de la misma. El conocimiento del entorno de la entidad se documenta en los papeles de trabajo y dentro de las principales actividades a desarrollar, se encuentran: a) Obtener una comprensión de la naturaleza, tamaño, estructura organizacional, visión, misión, objetivos, estrategias, programas y proyectos de corto, media y largo plazo, bien sea con fondos estatales o financiados por el BID, total o parcialmente, así como las relaciones y transacciones entre partes relacionadas. b) Comprensión sobre el marco legal, leyes, reglamentos, acuerdos ministeriales, convenios interinstitucionales y/o con el BID, circulares y otros aspectos legales. c) Comprensión del marco financiero, contable, presupuestario, fuentes de

financiamiento, hechos económicos, así como los sistemas que sustentan dichos registros. d) Comprender la medición y revisión del desempeño financiero y presupuestario de la entidad. e) Realizar las consultas necesarias a nivel interinstitucional, utilizando para ello los reportes internos de alertas y de los sistemas contables proporcionados por el Ministerio de Finanzas Públicas, así como de las distintas páginas electrónicas que están a disposición de equipo de auditoría y que pueden proveer información importante, documentada a través de la impresión de reportes, Etc.

2.6.2 La planificación

En cuanto a la planificación, en primer lugar está la comunicación escrita, que es realizada por el equipo de auditoría para dejar evidencia de los requerimientos de información y documentación y confirmar si los mismos fueron atendidos por la entidad auditada, ésta puede ser financiera, presupuestaria, manuales y otra necesaria, así como la solicitada a otras entidades. Seguidamente debe constar un informe legal de la entidad, debido a la complejidad y a la estructura de las entidades, el equipo de auditoría debe solicitar al órgano jurídico asesor de la entidad (carta de abogados) dirigido al coordinador y al supervisor del equipo de auditoría, indicando si tiene litigios en curso, pendientes o ha sido objeto de un proceso de esa índole. El equipo de Auditoría deberá corroborar dicha información y dejar evidencia del proceso.

Seguidamente se pasa a la evaluación del control interno, que es el entendimiento y evaluación del sistema de control interno, dicho extremo ayuda al equipo de



auditoría a identificar errores no intencionales o factores indicativos de la comisión de delitos u otros que originen riesgos de error material u de a erróneas en los estados financieros, lo cual será un parámetro para diseñar la naturaleza u extensión de los procedimientos de la auditoría.

Las entidades sujetas a fiscalización por parte de la Contraloría General de Cuentas, deben poseer una estructura de control interno, implementada de acuerdo con sus necesidades, principalmente, relacionada a procesos operativos y financieros de las actividades de la entidad.

En la planificación deberán ser incluidas la identificación de cuentas significativas en los Estados Financieros y Presupuestarios.

El muestreo es una técnica que permite extraer ciertos elementos de una población, para ejercer el juicio profesional y determinar el alcance de las pruebas, reconociendo que mientras menos confianza se obtenga de los controles se requiere mayor obtención de evidencia de auditoría.

Con lo anterior, se formula el Memorando de Planificación, que resume las decisiones significativas de la etapa de planificación de auditoría. El memorando de planificación de auditoría incluye elementos importantes, tales como la normativa de la entidad, tamaño, ubicación, organización, misión, visión, aspectos contables y de auditoría, etc. El coordinador del equipo de auditoría debe limitar la información que es necesaria para el memorando de planificación de auditoría, exclusivamente, aquella que es relevante para la planificación general de la misma.



El equipo de auditoría formulará los programas de auditoría, en los cuales describirá las actividades a realizar en la ejecución de la auditoría.

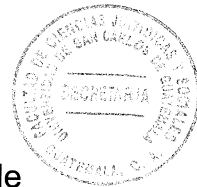
2.6.3 Etapa de ejecución

Ejecución de programas de auditoría y papeles de trabajo, luego de haber seleccionado la muestra, el auditor debe aplicar los procedimientos de auditoría a cada unidad de muestreo, para determinar si ha habido una desviación en el procedimiento establecido, mediante la ejecución de los programas de auditoría, pruebas sustantivas (de acuerdo con el alcance del equipo de auditoría) y el vaciado de información a los papeles de trabajo (cédulas de auditoría). Como regla general, las unidades de muestreo que son seleccionadas, pero no examinadas, tales como transacciones anuladas o documentos sin uso, deben ser reemplazadas con nuevas unidades de muestreo, que quedan a criterio del equipo de auditoría.

Obtención de evidencia

La evidencia se obtiene mediante la aplicación de procedimientos de auditoría para verificar los registros contables. La evidencia engloba, tanto la información que respalda y corrobora las manifestaciones de la entidad, como la información que las contradice. En el caso de los estados financieros, las entidades manifiestan, frecuentemente, que las operaciones y otras actuaciones, han sido llevadas a cabo conforme a la legislación u otras normas aplicables.

Parte de la evidencia de auditoría se obtiene aplicando procedimientos de auditoría para verificar los registros contables, por ejemplo, mediante análisis y



revisión, ejecutando nuevamente procedimientos llevados a cabo en el proceso de información financiera, así como conciliando cada tipo de información con sus diversos usos. Mediante la aplicación de dichos procedimientos de auditoría, el equipo de auditoría puede determinar que los registros contables son internamente congruentes y concuerdan con los estados financieros.

Elaboración de hallazgos

Antes de elaborar los hallazgos, el equipo de auditoría se asegurará quienes son los responsables de cada una de las deficiencias, los identificará y además, recopilará los datos de las autoridades de la entidad auditada, mediante la guía de trabajo respectiva.

Con base a los errores detectados, el equipo de auditoría procederá al planteamiento de los hallazgos pertinentes, derivados del trabajo de auditoría realizado.

Es de suma importancia que el equipo de auditoría individualice a los responsables de las deficiencias encontradas que corresponda al período auditado, los cargos que desempeñan y las funciones que realizan de conformidad con la asignación descrita por la autoridad superior.

Notificación de hallazgos

La comunicación de todas las deficiencias detectadas en el proceso de auditoría, deben darse a conocer a las autoridades de la entidad auditada y/o a las personas que intervinieron en el proceso identificado como erróneo, según corresponda, sin



importar la acción legal que pudiera provocar en el caso de ser confirmados, a fin de que en el plazo fijado por el equipo de auditoría, presenten los comentarios o en forma escrita y digital, así como la respectiva documentación de soporte, para la evaluación oportuna e inclusión en el informe.

Los atributos de los hallazgos que deben notificarse a la entidad auditada (autoridad superior) y a los responsables, son: Condición, criterio, causa y efecto.

Análisis de comentarios y documentación de soporte

El equipo de auditoría leerá cuidadosamente cada una de los comentarios presentados por cada responsable, verificando conjuntamente con los documentos de descargo y pruebas presentadas para formar una conclusión que será soporte para desvanecer, modificar o confirmar el hallazgo.

Recomendaciones

El equipo de auditoría, al finalizar el comentario de auditoría, rendirá las sugerencias constructivas para mejorar la calidad de los controles en general y las operaciones, las cuales deben estar dirigidas a eliminar la causa de los problemas detectados.

Previo a realizar el informe de auditoría, el coordinador del equipo concertará una cita con la máxima autoridad de la entidad auditada que esté en funciones y con los responsables de la implementación de las recomendaciones, incluyendo las originadas en los informes parciales, por medio de oficio contando con el visto

bueno del supervisor, con el objeto de darlas a conocer, discutir las y posteriormente incluirlas en el informe.

Acciones Legales

Estas serán consecuencia de aquellas deficiencias detectadas como infracción y confirmadas como hallazgo, por parte del equipo de auditoría.

Las infracciones son todas las acciones u omisiones que impliquen violación de normas jurídicas o procedimientos establecidos de índole sustancial o formal, por parte de servidores públicos u otras personas individuales o jurídicas sujetas a verificación por parte del ente fiscalizador y sancionable por éste, en la medida y alcances establecidos en su ley orgánica u otras normas jurídicas, con independencia de las sanciones y responsabilidades penales, civiles o de cualquier otro orden que puedan imponerse o en que hubiere incurrido la persona responsable, dependiendo de la acción u omisión.

Las acciones legales se dividen en:

- a) Sanciones pecuniarias
- b) Informes de cargos
- c) Denuncias penales

- a) Sanciones pecuniarias

Las sanciones pecuniarias se imponen a los empleados públicos y demás personas individuales o jurídicas sujetas al control y fiscalización de la Contraloría

General de Cuentas, consistente en el pago de una cantidad monetaria, por haber incurrido en infracciones, de conformidad al procedimiento establecido en la normativa aplicable.

El equipo de auditoría, en su caso, procederá a solicitar a la autoridad correspondiente las sanciones pecuniarias a los responsables de los hallazgos confirmados, de acuerdo con las leyes aplicables vigentes.

Las sanciones pecuniarias solicitadas se aplicarán sin perjuicio de proceder, en forma inmediata a:

1. Presentación de las denuncias o querellas penales, al existir la comisión de posibles delitos o
2. Demanda al juicio de cuentas, al existir menoscabo en detrimento al patrimonio del Estado.

Las deficiencias determinadas al sistema de control interno, deberán integrarse en un solo hallazgo e imponer las sanciones pecuniarias a cada responsable; no obstante lo anterior, los hallazgos relacionados a hechos que pudieran ser constitutivos de delitos, no deben incluirse en el hallazgo de deficiencias al sistema de control interno.

b) Informe de cargos

Es la acción legal derivada de un hallazgo que ocasionó menoscabo al patrimonio del Estado, con el fin de promover un juicio de cuentas. De haberse establecido en definitiva que el patrimonio de las entidades sujetas a fiscalización sufrió



pérdidas en el manejo de su hacienda, en dicho juicio se buscará la restitución o pago correspondiente.

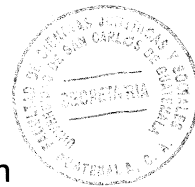
Si el equipo de auditoría determina que existió menoscabo a la entidad, deberá realizar el informe de cargos provisional y notificarlo a las personas responsables, cumpliendo con el plazo establecido para presentar pruebas de descargo, documentos de respaldo o el pago correspondiente.

Si los documentos probatorios no desvanecen el hallazgo, el equipo de auditoría procederá a elaborar el proyecto de informe de cargos confirmados; previo a su notificación, deberá contar con opinión favorable de la Dirección de Asuntos Jurídicos; seguidamente deberá notificar a los responsables el informe de cargos e improbación de la cuenta, posteriormente lo remitirá a la Dirección de Asuntos Jurídicos, para que esta continúe con su trámite.

Si la opinión jurídica no es procedente, el equipo de auditoría reconsiderará otra acción legal.

c) Denuncias Penales

Son las acciones que presentan los equipos de auditoría en cumplimiento de su función al evidenciar, por parte de las personas responsables en los organismos, instituciones o entidades sujetas a fiscalización, la comisión de posibles delitos de acuerdo con la legislación vigente y a las deficiencias detectadas en la evaluación del control interno.



Los auditores gubernamentales deben ser capaces de identificar la comisión de un posible delito, durante la ejecución de la auditoría a través de la obtención de evidencia suficiente y pertinente. De esta forma, los auditores que detecten actos que pudieran ser indicativos de posibles ilícitos o menoscabo a la entidad, deben actuar con la debida diligencia profesional y prudencia para sustentar la acción promovida en futuras investigaciones realizadas por los órganos competentes.

En caso que la opinión emitida por la Dirección de Asuntos Jurídicos no sea favorable, el equipo de auditoría analizará aportar mayores elementos de prueba y solicitará nuevamente la opinión o de lo contrario evaluará la aplicación de otra acción legal.

Carta de presentación

Es una declaración escrita por medio de la cual la autoridad correspondiente de la entidad auditada, reconoce haber puesto a disposición del equipo de auditoría la información requerida, así como la comunicación de cualquier hecho significativo ocurrido durante el período bajo examen y hasta la fecha de terminación del trabajo de auditoría; es proporcionada al equipo de auditoría, para confirmar ciertos asuntos sobre la información financiera y otros elementos relacionados con los estados financieros, para apoyar otra evidencia, solicitada por el equipo de auditoría.

Es necesario discutir su contenido con los funcionarios apropiados con suficiente tiempo, para reducir la posibilidad de enfrentarse con el rechazo de la entidad a suministrar este documento.



2.6.4 Etapa de seguimiento

El seguimiento es la evaluación de las acciones correctivas implementadas por la entidad auditada, para el cumplimiento de las recomendaciones emitidas en los informes de auditoría.

Los principios fundamentales de auditoría hacen énfasis en la comunicación de las recomendaciones constructivas a los responsables y en la realización del seguimiento necesario, para corregir los incumplimientos detectados.

Asimismo debe efectuarse el seguimiento de las recomendaciones realizadas a las entidades auditadas, por medio de los equipos de auditoría o a quien se designe por la dirección correspondiente, con el objeto de verificar el cumplimiento o incumplimiento de las mismas.

2.7 Leyes aplicables

El Auditor Gubernamental, debe tener mística de trabajo, debe estar capacitado en su profesión sobre técnicas de auditoría, constantemente recibe cursos de capacitación de la Escuela de Control Gubernamental para las Buenas Prácticas, recibiendo los cursos de derecho administrativo respectivos, en donde analiza toda la normativa que tiene que aplicar, entre algunas de dichas leyes se citan:

-Constitución Política de la República de Guatemala de la República.

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



-Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, Acuerdo Gubernativo Número 9-2017 de fecha 26 de enero de 2017.

-Ley del Organismo Ejecutivo y sus Reformas, Decreto Número 114-97 del Congreso de la República.

-Ley de Servicio Civil, Decreto Número 1748 del Congreso de la República.

-Reglamento de la Ley de Servicio Civil, Acuerdo Gubernativo Número 18-98 de fecha 15 de enero de 1998.

-Ley de lo Contencioso Administrativo y su reforma, Decreto Número 119-96 del Congreso de la República.

-Ley Orgánica del Presupuesto, Decreto Número 101-97 del Congreso de la República y sus Reformas.

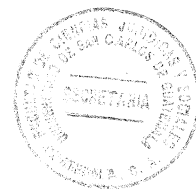
-Reglamento de la Ley Orgánica del Presupuesto, Acuerdo Gubernativo Número 540-2013 de fecha 30 de diciembre de 2013.

-Ley de Contrataciones del Estado y sus Reformas, Decreto Número 57-92 del Congreso de la República.

-Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Acuerdo Gubernativo Número 122-2016 de fecha 15 de junio de 2016.

-Código Municipal y sus Reformas, Decreto Número 12-2002 del Congreso de la República.

-Código Tributario, Decreto Número 6-91 del Congreso de la República.



-Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria, Decreto Número 1-98 del Congreso de la República.

-Reglamento Interno de la Superintendencia de Administración Tributaria, Acuerdo de Directorio Número 007-2007 del 22 de marzo de 2007.

-Ley del Impuesto al Valor Agregado –IVA-. Decreto Número 27-92 del Congreso de la República.

-Reglamento de la Ley del Impuesto al Valor Agregado –IVA-, Acuerdo Gubernativo Número 5-2013 de fecha 4 de enero de 2013.

-Ley del Impuesto Sobre la Renta, Decreto Número 26-92 del Congreso de la República.

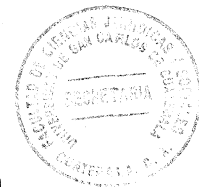
-Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, Acuerdo Gubernativo Número 206-2004 de fecha 22 de julio de 2004.

-Ley Sobre el Impuesto de Herencias, Legados y Donaciones, Decreto Número 431 del Congreso de la República.

-Convenio Sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano

-Anexo A del Convenio Sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano, (Arancel Centroamericano de Importación).

-Anexo B del Convenio Sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano, (Legislación Centroamericana sobre el Valor Aduanero de las Mercancías).



-Código Aduanero Uniforme Centroamericano (CAUCA), Anexo de la Resolución No. 223-2008 (COMIECO-XLIX).

-Reglamento del Código Aduanero Uniforme Centroamericano (RECAUCA)

-Código Penal y sus Reformas, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República.

-Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República.

-Ley Contra el Lavado de dinero u otros activos, Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República.

-Reglamento de la Ley Contra el Lavado de dinero u otros activos, Acuerdo Gubernativo Número 118-2002 de fecha 17 de abril de 2002.

-Ley Contra la Narcoactividad y su reforma, Decreto Número 48-92 del Congreso de la República.

-Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto Número 21-2006 del Congreso de la República.

-Reglamento de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Acuerdo Gubernativo Número 158-2009.

-Ley del Organismo Judicial y sus Reformas, Decreto Número 2-89 del Congreso de la República.

Además debe tomarse en cuenta las leyes orgánicas y los reglamentos de todas las instituciones sujetas a fiscalización.





CAPÍTULO III

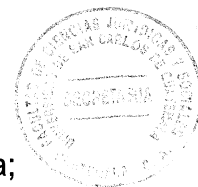
3. Ministerio Público

Se hace necesario que para la presentación de este trabajo, se desarrollen las actividades específicas del Ministerio Público y de la Contraloría General de Cuentas, derivado que a esta última le compete el planteamiento de las denuncias penales, conforme a los medios de prueba recabadas en su actividad de fiscalización. El Medio de prueba es documental, porque se respalda con la información que contiene los informes de auditoría practicados por los auditores gubernamentales de la Contraloría General de Cuentas.

El primer párrafo y parte conducente del segundo del Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala, hace referencia: “El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica. El Jefe del Ministerio Público será el Fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública....”.

Es de hacer notar que dentro de las principales actividades del Ministerio Público, destacan: 1) Función de investigar y ejercer la acción penal; 2) Velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país.

La definición de la Institución, la otorga el Artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Número 40-94 del Congreso de la República: “El Ministerio Público es una institución con funciones autónomas, promueve la

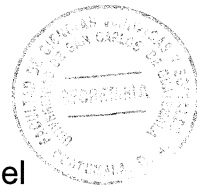


persecución penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública; además velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. En el ejercicio de esa función, el Ministerio Público perseguirá la realización de la justicia, y actuará con objetividad, imparcialidad y con apego al principio de legalidad, en los términos que la ley establece”.

Para destacar la ubicación institucional del Ministerio Público, se transcribe lo expuesto en el Manual del Fiscal, que dice: “El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales encargada, según la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código Procesal Penal y la Ley Orgánica que rige su funcionamiento, del ejercicio de la acción penal pública, así como de la investigación preliminar para preparar el ejercicio de la acción”¹¹. A estos efectos, también tiene posibilidades de ejercer coerción sobre las personas para poder cumplir con esta función y dirige a la policía en cuanto a la investigación del delito.

Ante estas funciones, tan importantes para el respeto a la ley en el país, es explicable que exista la necesidad de determinar con precisión su ubicación institucional, esto es, cual es la relación que el Ministerio Público mantiene con las demás instituciones u organismos del estado. La preocupación proviene de la necesidad de garantizar que no se abuse de tal poder. De esta manera se prevén los mecanismos constitucionales y legales que permiten que el poder de persecución penal no sea utilizado con intereses políticos sectoriales para perjudicar o beneficiar a alguna persona o grupo.

¹¹ Manual del Fiscal Segunda Edición, Pág. 11



La pregunta acerca de cuál es el lugar que debe ocupar el Ministerio Público en el concierto institucional es un tema recurrente en muchos países, e n especial, en América Latina, que ha ensayado varios modelos con distinta suerte. Tradicionalmente, se han aplicado modelos que hicieron depender al Ministerio Público del poder u órgano ejecutivo, del judicial, del legislativo y, por último, los modelos que lo constituyeron en un órgano autónomo o extra poder.

Guatemala no ha sido ajena a esta polémica, como lo demuestra el hecho de que el sistema institucional del país dio distintas soluciones al problema. Hasta la reforma constitucional de 1994, el que fuera el antiguo Ministerio Público, que tenía funciones de participar en el proceso penal representando el interés oficial, a la vez que le era encargada la representación del Estado, era dependiente del Organismo Ejecutivo, aunque se le reconociera funciones autónomas, puesto que el Presidente de la República podía nombrar y remover del cargo al entonces Procurador General de la República y Jefe del Ministerio Público.

Luego de la reforma constitucional, aquella institución se ha separado en dos: Por una parte la Procuraduría General de la República, encargada de la representación del Estado y por otra, el Ministerio Público, encargado del ejercicio de la acción penal pública. Este último, a quien se le atribuye funciones autónomas, ahora puede señalarse que efectivamente goza de mayor autonomía funcional, puesto que si bien al Fiscal General lo elige el Presidente de la República, éste está limitado en su selección a una nómina elaborada por una comisión de postulación que selecciona seis candidatos. Las funciones autónomas del Ministerio Público han sido confirmadas por la decisión de la Corte de



Constitucionalidad que derogó el Artículo 4 de la Ley Orgánica (Decreto Número 40-94 del Congreso de la República) que permitía al Presidente de la República dictar instrucciones generales al Fiscal General.

En este marco constitucional y legal, puede sostenerse que el Ministerio Público es un órgano extra poder, es decir, no subordinado a ninguno de los organismos del Estado, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sino que ejerce sus funciones de persecución penal conforme lo prescrito en la Constitución Política de la República de Guatemala de la República y la ley, tal como lo señala el Artículo 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, dicho Artículo también le da autonomía en su ejecución financiera y presupuestaria, como uno de los mecanismos para garantizar la independencia que pregonan la ley.

3.1 Funciones

El Artículo 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, señala las siguientes funciones del Ministerio Público:

1. Investigar los delitos de acción pública y promover la persecución penal ante los tribunales, según las facultades que le confieren la Constitución, las leyes de la República y los Tratados y Convenios Internacionales.
2. Ejercer la acción civil en los casos previstos por la ley y asesorar a quien pretenda querellarse por delitos de acción privada, de conformidad con lo que establece el Código Procesal Penal.

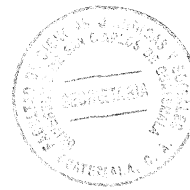


3. Dirigir a la policía y demás cuerpos de seguridad del Estado en la investigación de hechos delictivos.

4. Preservar el Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, efectuando las diligencias necesarias ante los tribunales de justicia.

Es importante lo que señala el Artículo 24 Bis del Código Procesal Penal, que dice: “Acción pública. Serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público, en representación de la sociedad, todos los delitos de acción pública, excepto los delitos contra la seguridad del tránsito y aquellos cuya sanción principal sea la pena de multa, que serán tramitados y resueltos por denuncia de autoridad competente conforme al juicio de faltas que establece este Código”. Dentro de la clasificación de acción penal, encontramos los delitos de acción pública, también los delitos de acción pública que dependiente de instancia particular o que requiera de autorización estatal y por último de acción Privada.

Para determinar los delitos de acción pública, se descartan los delitos que señalan los Artículos 24 Ter y y 24 Quater del Código Procesal Penal, que se refieren a: Lesiones leves o culposas y contagio venéreo, amenazas, allanamiento de morada, estupro, hurto, estafa que no sea mediante cheque sin provisión de fondos, apropiación y retención indebida, delitos contra libertad de cultos, alteración de linderos, usura (que corresponden acciones públicas dependientes de instancia particular; y los relativos al honor, daños, relativos al derecho de autor, violación y revelación de secretos, estafa mediante cheque (de acción



Privada). Todos los demás delitos que no son citados corresponden a la acción pública.

Por su importancia describiré los principios que rigen el funcionamiento del Ministerio Público, contenidos en el Manual del Fiscal, que indica: “La Ley Orgánica del Ministerio Público de 1994 hay definido en sus normas una serie de principios que rigen el funcionamiento de la institución. A continuación se detallan dichos principios:

Unidad

Conforme este principio enunciado en el Artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el Ministerio Público es único e indivisible, concepto que se traduce en que cada uno de los órganos de la institución (Fiscal General, Fiscales Regionales, Fiscales de Distrito, Fiscales de Sección, Agentes Fiscales y Auxiliares Fiscales) los representa íntegramente, en la medida en que su actuación está enmarcada en las atribuciones correspondientes al cargo.

Implicará esta, que el fiscal cuando interviene en el proceso lo hace como representante del Ministerio Público en su función de perseguir penalmente conforme el principio de legalidad. Es decir, a través de él es toda la institución la que está interviniendo. Por ello, a diferencia de lo que ocurre con los jueces, no podrá anularse una diligencia o dejarse de practicar invocando que el fiscal no tiene a su cargo el caso.



Respeto a la víctima

La Ley Orgánica del Ministerio Público continúa la línea trazada por el Código Procesal Penal, en cuanto a otorgar mayor participación a los ciudadanos en general y más precisamente a la víctima. En efecto, además de la ampliación del concepto de víctima o agraviado que realizan los Artículos 116 y 117 del Código Procesal Penal para los casos de derechos humanos y a la participación de asociaciones de ciudadanos para la protección de intereses colectivos, la Ley Orgánica del Ministerio Público le otorga mayor participación y le permite accionar algunos mecanismos internos dentro del Ministerio Público para controlar, externamente, que a través de la organización jerárquica no se cumpla con la ley.

El Artículo 8 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, establece el principio general del respeto a la víctima, que puede desagregarse de la siguiente forma:

1º. Interés de la víctima: la acción del fiscal debe respetar y escuchar el interés de la víctima, en la idea que el proceso penal persigue también el fin de componer o resolver un conflicto social.

2º. Asistencia y respeto: el fiscal deberá brindarle la mayor asistencia acerca de cuáles son sus posibilidades jurídicas (constituirse como querellante, reclamar daños civiles, etc.) y tratarla con el debido respeto, evitando que el hecho de estar frente a un proceso no signifique aún más dolor del que ya ha producido el hecho del que fuera víctima.

3º. Informe y notificación: el fiscal debe darle toda la información del caso a la víctima, aún cuando no se haya constituido como querellante. No podrá



oponersele el Artículo 314 del Código Procesal Penal en base a que no es parte procesal, por cuanto el Artículo 8 de la Ley Orgánica del Ministerio Público la legítima para recibir información del caso. Señala también el mismo Artículo que la víctima tiene derecho a ser notificada de la resolución que pone fin al caso, aun cuando no se haya constituido como querellante, por lo que tendrá derecho a conocer la sentencia, el auto de sobreseimiento, los autos que admiten una excepción que impide la persecución y, deben ser asimilados a estos actos, la clausura provisional, la desestimación y el archivo. El incumplimiento de esta obligación es motivo de sanción disciplinaria conforme el Artículo 61 inciso 7 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

3.2 Fiscalía contra la corrupción

La Fiscalía de Sección contra la corrupción, nace por iniciativa del Licenciado Adolfo González Rodas, Fiscal General y Jefe del Ministerio Público en el año 1999, derivado de la necesidad de dotar al Ministerio Público de un grupo especializado en la lucha contra la corrupción. Para el efecto se crea una fiscalía específica, que se encargase de la investigación y persecución penal de todos los delitos cometidos por funcionarios y empleados públicos que afectaren la economía del país o dañaren la credibilidad y legitimidad de las instituciones estatales. Para esos efectos se contó con los estudios de factibilidad realizados por un grupo de fiscales que aportaron sus ideas y experiencias, con la coordinación de funcionarios de la Embajada Americana. Esos estudios fueron presentados al Despacho del Fiscal General en el mes de noviembre del año de mil novecientos noventa y nueve.



La importancia de contar con instituciones que combatan la corrupción, es que juegan un papel esencial para promover la transparencia en el manejo de los recursos públicos, sobre todo en Guatemala, donde ha reinado la impunidad en dicha materia; siendo necesario revertir esa realidad castigando a los funcionarios que desvían para sí, recursos que son de toda la sociedad. La convicción de gobernantes corruptos e impunes mina la confianza en el sistema democrático y puede dar lugar a la búsqueda de vías políticas autoritarias. El desvío a arcas privadas de recursos públicos también afecta el ejercicio de los derechos humanos llamados económicos, sociales y culturales, que son también componentes del moderno concepto de Estado de Derecho.

Previamente a la reforma de la Ley Orgánica del Ministerio Público, por medio del Decreto Número 18-2016 del Congreso de la República, la Fiscalía de sección contra la corrupción, fue creada mediante acuerdo del Consejo del Ministerio Público Número tres guión noventa y nueve de fecha veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, a propuesta presentada por el señor Fiscal General y Jefe del Ministerio Público. El Artículo 1 de dicho Acuerdo dice: “CREAR LA FISCALÍA DE SECCIÓN CONTRA LA CORRUPCIÓN”, la que tendrá competencia para investigar y perseguir penalmente los delitos que constituyan hechos de corrupción en los que se encuentren implicados funcionarios y empleados públicos. Este Artículo es muy claro porque refiere a todos los hechos de corrupción.

Antes de continuar analizando el tema de corrupción, se hace necesario enumerar lo que debe entenderse por funcionario público. En el apartado de Disposiciones



Generales del Código Penal, específicamente en el primer párrafo del numeral 2º. Del Artículo 1, reformado por el Decreto Número 31-2012 del Congreso de la República, dice que se entiende por funcionario público: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público...”.

Aunando a lo que debe entenderse por funcionario público, la Ley de Servicio Civil, en principio no da los conceptos de funcionario y empleado público, sin embargo, hace referencia al servidor público en toda su normativa, así en su Artículo 2 indica que el propósito general de esa ley es regular las relaciones entre la Administración Pública y sus servidores; más adelante en su Artículo 4, da el concepto de lo que debe entenderse por Servidor Público, así “Para los efectos de esta ley, se considera servidor público, la persona individual que ocupe un puesto en la Administración Pública en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo legalmente establecido, mediante el cual queda obligado 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”. Estos conceptos que se analizan, si aparecen detallados en El Reglamento de la Ley de Servicio Civil, aprobado por el Acuerdo Gubernativo número 18-98 de fecha 15 de enero de 1998, específicamente en su Artículo 1 que dice: “Servidores Públicos. Para los efectos de la Ley del Servicio Civil y el



presente Reglamento, se consideran como servidores públicos o trabajadores del Estado los siguientes: a) Funcionario Público: Es la persona individual que ocupa un cargo o puesto, en virtud de elección popular o nombramiento conforme a las leyes correspondientes, por el cual ejerce mando, autoridad, competencia legal y representación de carácter oficial de la dependencia o entidad estatal correspondiente, y se le remunera con un salario; y b) 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 del representante de la dependencia, entidad o institución donde presta sus servicios y bajo la subordinación inmediata del funcionario o su representante...”.

No obstante los conceptos enunciados, la terminología de funcionario y empleado público, quedan con más claridad en la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto Número 89-2002 del Congreso de la República, que en el Artículo 3, dice: “Funcionarios Públicos. Para los efectos de la aplicación de esta Ley, se consideran funcionarios públicos todas aquellas personas a las que se refiere el Artículo 4 de la misma, sin perjuicio de que se les identifique con otra denominación”. En efecto el Artículo 4 de dicha Ley, reza en su inciso a) lo siguiente: “Sujetos de responsabilidad. Son responsables de conformidad de 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: a) Los dignatarios, autoridades, funcionarios y empleados públicos que por elección popular nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo presten sus servicios en el Estado, sus organismos, los municipios, sus empresas y entidades descentralizadas y autónomas". Los incisos b), c) d) y e) de dicho Artículo que se referían a miembros de juntas directivas, directores, gerentes, administradores, directivos y demás personas de comités, contratistas de obras públicas, miembros de Juntas Directivas o propietarios de empresas que construyan, instalen o administren una obra o servicio público, Etc., quedaron sin efecto por la Honorable Corte de Constitucionalidad.

Los conceptos enunciados se complementan y encuadran en la facultad que tiene la fiscalía de iniciar la acción penal cuando en los hechos sujetos a investigación y persecución penal hayan participado servidores públicos.

La Fiscalía de Sección contra la Corrupción, legalmente le compete investigar y perseguir penalmente los delitos que constituyan hechos de corrupción en los que se encuentren implicados funcionarios y empleados públicos.

3.3 Concepto de corrupción

El término corrupción viene de la voz latina corrumpere, que significa descomponer, echar a perder. Bajo esta acepción la corrupción denota una acción y un resultado. Desde el punto de vista de la acción tiene una clara orientación destructiva, gradual u no violenta. Es decir, es una acción corrosiva



que tiende a descomponer, en el sentido de volver putrefacto algo sano. Como resultado, se tiende a identificar como sinónimo de corrupto a algo que está descompuesto, podrido o sucio.

Esa denotación genérica a la que hace alusión la raíz latina, extrapolada a las relaciones sociales y a la convivencia social, puede presentar a la corrupción como fuerza social con capacidad de influir y ganar voluntades, de seducirlas y penetrarlas para obtener compensaciones y gratificaciones individuales o privadas.

El tratadista Víctor Abreu Páez, respecto a la conceptualización de la corrupción administrativa, indica que “es la práctica del libertinaje en área estatal, normalmente en componenda con el sector privado, para aprovechar en beneficio propio o de otros asociados recursos del Estado”¹². Y un contexto en donde la ley no se aplica, no hay temor entre corruptos y aspirantes a serlo, de que el peso de la ley les sobrevendrá. Continúa manifestando, que en términos generales, la voluntad política ejerce un influjo determinante en nuestros países en el levantamiento de una acusación y más aun en el proceso judicial posterior, si acaso se sigue.

No pocos sustentan que “la corrupción es inevitable en países subdesarrollados”. Son los pseudorealistas que proyectan imágenes permisivas a las prácticas corruptas.

¹² Corrupción y Escándalos Financieros. Víctor Abreu Páez, Pág. 30



Y es que en nuestros países los ostentadores del poder representan el “modelo”, el gobierno es el botín de guerra de aquellos que lo ejercen: Todo el que llega a un puesto público de relativa importancia tiene intereses creados que lo protegen y si algún funcionario se corrompe desfalcando al Estado, nadie levantará el dedo acusador. A lo sumo, se logrará una remoción de puesto y quizás un ascenso. Prevaricación, malversación, tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito, peculado, desfalco, evasión. Son solo algunas formas y denominaciones de lo que se ha llamado corrupción administrativa.

3.4 Transparencia y rendición de cuentas

Respecto a la transparencia, el tratadista Víctor Abreu Pérez, cita como punto de partida. La revelación es la cuasi receta. Punto de inflexión de la conciencia. Si es tan claro y tan legítimo por qué ocultarlo? Si es tan justo y equitativo por qué esconderlo? Si es tan beneficioso para todos por qué no mostrarlo?

Lógicamente la sola revelación no es una panacea, pero es muy buen principio. La mafia muchas veces es transparente en sus prácticas e intimidaciones y eso funciona como valladar a la justicia. Por miedo.

Miedo al poder revelado que no es miedo a la ley ni a la justicia. Puede también existir revelación y al mismo tiempo desvergüenza. Como el caso del funcionario con 42 parientes nombrados en una empresa estatal y el solo argumento de respuesta fue que sí, que eso era cierto pero que todos eran muy preparados y desempeñaban eficientemente su trabajo. En este caso la transparencia sirvió



para mostrar a un ignorante acerca de las buenas prácticas en administración y a un burlador acerca de la ética gubernamental, los dos la misma persona.

Por otro lado, Klitgaard recomienda que para atacar la corrupción se requiere reducir el monopolio, limitar la discrecionalidad y como abrir todo el aparato estatal o del sector privado a la transparencia. La fórmula que establece para analizar la corrupción es la ecuación siguiente:

Corrupción=monopolio+discrecionalidad-transparencia. Es decir, monopolio más discrecionalidad del oficial menos la transparencia del sistema.

Puntos derivados de la tesis de Klitgaard:

-La competencia es enemiga de la corrupción. Ya sea a nivel público o privado. Privatización puede ser corrupción como se comprobó en México después de la caída del PRI. O pero también la privatización puede ser manejo ineficiente –otra forma de corrupción- como fue el caso de la privatización de la Telefónica Española, señalado por Lester Thurow en la Guerra del siglo XXI. Una empresa rentable estatal pasa a ser vendida por motivos de receta a la moda, por un estereotipo de bondad recomendado por el Banco Mundial.

-Claridad y límites de las reglas de juego...menos capacidad de maniobra del funcionario para las mordidas o prácticas corruptas.

-"La corrupción es como un hongo que crece donde hay oscuridad; y, cuando hay mucha luz, mucha información, mucha transparencia, la corrupción se reduce".



No en vano Jim Wesberry, Jr. Se refirió al ambiente del cleptohongo en el interesante trabajo los peligros de la Cleptocracia.

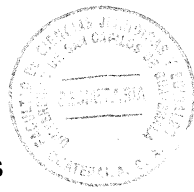
-Hay que ayudar a aumentar la posibilidad con la aplicación de la fórmula para que un acto corrupto sea descubierto y elevar el castigo cuando una persona es capturada.

-"desmitificar la corrupción significa no renunciar a toda la dimensión ética, moral, etc., sino ponerla al lado por un momento; pensar en este problema como muchos otros problemas al interior del sector público y del privado, como un problema más para el análisis económico y para el tratamiento desde el punto de vista de la gestión".

Estas ideas han sido difundidas ampliamente en el libro "Controlando la corrupción, de Robert Klitgaard. Y en Respondacon II, "Combatiendo el fraude y la corrupción en los Gobiernos" patrocinada por USAID Y LA AIC en 1992.

Según Transparencia Internacional esta organización pone énfasis en el sistema financiero internacional y el sistema para prevenir el lavado de dinero. La declaración de la Cumbre de líderes del G-20, del 28 de junio de 2010, celebrada en Berlín establece que "la corrupción amenaza a la integridad de los mercados, contamina la competencia justa, distorsiona la distribución de recursos, destruye la confianza pública y violeta las reglas del juego".

Respecto a la Rendición de Cuentas, el tratadista Víctor Abreu Páez, cita a Steven Brown, el gerente eficiente acepta responsabilizarse personalmente de todos los



resultados, pero para llegar a ello deberá decidir que actitud tomará ante las situaciones que se le presenten.

Existen esencialmente dos enfoques de actitud totalmente diferentes, y solo una de ellas conduce al éxito:

Los internalistas, son aquellos que están orientados hacia la ejecución, aceptan la responsabilidad personal de sus acciones, éxitos y fracasos. Ellos saben que si sienten desdichados por sus resultados para hallar al culpable basta con mirar de frente un espejo, y lo verán cara a cara.

Los externalistas, quienes niegan aceptar la responsabilidad de su posición en la vida, y se cubren con excusas. Como constantemente culpan a una fuente o condición externa o a otras personas de sus fallas personales.

Para administrar con eficiencia se requiere tener la habilidad de conducir a otros, y la gente seguirá a aquellos a quienes respeta. El respeto se gana aceptando la responsabilidad personal, y no buscando excusas o poniéndose en la posición de víctimas para ganarse la simpatía de todos. Esto es poner en práctica la "Fórmula del Fracaso".

Otra faceta importante de la responsabilidad, es la habilidad para admitir que uno no es un sabelotodo, cuando no les hacemos frente a las situaciones o esquivamos los hechos, cuando pretendemos saber más de lo que sabemos, demostramos falta de madurez emocional.



Sin madurez emocional, pronto se pierde credibilidad y consecuentemente destruye la habilidad para dirigir.

Este enfoque internalista brilla por su ausencia en la administración pública. Y por lo tanto, el criterio de responsabilidad es etéreo como si dependiera de lo exógeno y de factores circunstanciales o variables que el gerente se niega a controlar”¹³.

3.5 La acción penal y persecución penal

Se estimó importante analizar la actividad principal del Ministerio Público, que tiene dentro de sus funciones autónomas, promover la persecución penal y dirigir la investigación de los delitos de acción pública.

Desde el momento en que el Estado asumió el monopolio del poder punitivo (ius puniendi), acaparó la función de persecución y sanción de los delitos. En las infracciones más graves al orden jurídico, el Estado actúa de oficio, independientemente de la voluntad del afectado. En el actual sistema, la acción penal ha sido asumida por el Ministerio Público, quien acusa en nombre del Estado de Guatemala.

De acuerdo con el Artículo 24 bis del Código Procesal Penal, la acción penal pública corresponde al Ministerio Público, quien de oficio deberá perseguir todos los delitos de acción penal pública salvo los delitos contra la seguridad del tránsito y aquellos cuya sanción principal sea la pena de multa.

¹³ Abreu Páez, Víctor, Corrupción y Escándalos Financieros, Pág. 57



El ejercicio de la acción penal pública es la que tiene el Ministerio Público actuando acorde al principio de objetividad, de acusar en nombre del Estado a las personas que en base a la investigación realizada considere responsable de la comisión de un hecho punible, perseguible de oficio. El ejercicio de la acción penal se complementa con el ejercicio de la persecución penal. La persecución penal pública es la obligación que tiene el Ministerio Público de investigar y recabar los medios de prueba para determinar si procede el ejercicio de la acción penal, así como evitar las consecuencias ulteriores del delito (art. 289, 309 y 324 del Código Procesal Penal).

La atribución al Ministerio Público del ejercicio de la acción penal, delimita las funciones de acusar de las de juzgar. El actual proceso, otorga la primera función a los fiscales y la segunda función a los jueces. Por ello, en base al principio acusatorio, el juez no podrá acusar ni iniciar proceso penal de oficio.

Desde la elaboración del Proyecto de Código Procesal Penal, se ha utilizado indistintamente los conceptos de persecución penal y acción penal, siendo que la persecución penal es complemento de la primera; nociones que se desarrollan a continuación, como el trato somero de la fase de investigación o preparatoria y las partes que intervienen, con la finalidad de encuadrar al lector en la actividad puramente de investigación, con la cual se ha de lograr obtener todos aquellos indicios o elementos probatorios, obtenidos a través de medios de prueba dispuestos por el investigador.





CAPÍTULO IV

4. Breves Apuntes Sobre Derecho Penal

La sistemática jurídica establece divisiones para el estudio ordenado y coherente de la ciencia del derecho, estableciendo las conocidas como derecho público, derecho privado y derecho social. En nuestro medio el derecho público agrupa las disciplinas del derecho constitucional, administrativo, tributario, notarial, internacional público y penal; siendo la clasificación que nos interesa en la presente exposición. Pese a la diversidad de teorías que se manejan alrededor de tales divisiones, Eduardo García Maynez nos dice que: “la distinción carece de fundamento, desde el punto de vista teórico, y sólo posee importancia práctica, primordialmente política”¹⁴.

Se dice que es primordialmente política puesto que, es una manifestación de la voluntad del Estado y por consiguiente, corresponde al derecho público. “El derecho penal es una rama del derecho público interno que tiende a proteger intereses individuales y colectivos (públicos o sociales). La tarea de penar o imponer una medida de seguridad es una función típicamente pública que sólo corresponde al Estado, como expresión de su poder interno, producto de su soberanía. Además de que la comisión de cualquier delito (privado, público o mixto) genera una relación directa entre el infractor y el Estado que es el único

¹⁴ Introducción al Estudio del Derecho, Pág. 135



titular del poder punitivo. En tal sentido, consideramos que el derecho penal siendo de naturaleza jurídica pública”¹⁵.

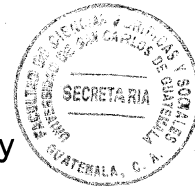
Reiterando que el Estado es el único titular del derecho penal, solamente él tiene la facultad para señalar las penas o medidas de seguridad y su aplicación.

En estrecha relación al derecho penal se encuentra el derecho procesal penal, pero existe una diferencia de desarrollo entre una y otras; mientras que el derecho penal ha alcanzado una plenitud dentro del campo de la autonomía científica, para el derecho procesal penal no se ha elaborado aún una sistematización que se compare con la primera; puesto que, el enunciar que el proceso penal son aquellos actos procedimentalistas de la ley penal, se soslayan aspectos importantes como la influencia de la ley procesal en la aplicación coercitiva del Estado, por lo que se discute aún, sobre si el contenido científico de cada una de éstas ramas del derecho público, son análogos.

Por lo que establecemos que el Estado es el único titular de las leyes penales, único facultado para crear leyes, el que tiene la facultad para su aplicación forzosa, dentro de un marco jurídico real, ejerciendo su poder punitivo (ius puniendi) a todo ciudadano que quebrante el orden público establecido para la convivencia pacífica y civilizada.

La forma de aplicación de ésta ley penal, se base sobre la estructura de garantías procesales, y de manera relevante en la absoluta observancia de la dignidad

¹⁵ De León Velasco, Héctor Aníbal y Francisco de Mata Vela. Derecho Penal Guatemalteco Pág. 6



humana que también es reconocida en todo ámbito legal, garantías, valores y principios, de donde devienen la libertad y dignidad, que se encuentran íntimamente ligados con el derecho a la intimidad, que se resguarda dentro de nuestro ámbito personal (corporal) y físico (la vivienda).

Dentro de la tutelaridad de los derechos de los ciudadanos, nuestras leyes penales se encuentran inmersas en la observancia rígida de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política de la República de Guatemala, que contiene principios y valores como, el bien común, la legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz. Ley sustantiva de corte humanista, en el trato del delito, el delincuente, la pena y las medidas de seguridad; en cuanto a la ley penal adjetiva o procesal se dirige a la aplicación de las leyes penales, por medio de un proceso de conocimiento, investigación, depuración, acusación, enjuiciamiento y sentencia.

4.1 El derecho penal

Su estudio ordenado, lo componen principios, doctrinas y escuelas que tratan sobre los delitos y las penas; el derecho penal se materializa en nuestro código penal, tanto en su parte general, que incluye las doctrinas, principios, instituciones y categorías referentes al delito, al delincuente, a las penas y medidas de seguridad, como su parte especial, que describe el tipo de delitos o faltas y su correspondiente sanción.

Sucintamente el derecho penal es aquel conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador (ius poenale) y preventivo

del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo.

Siendo su fin, el de lograr mantener un orden público establecido así como, su restauración en caso de quebrantamiento por medio de la imposición de una pena y su correspondiente ejecución.

Su objetivo es el de prevenir la existencia del delito y en caso del darse tal situación, lograr la rehabilitación del sentenciado, para su incorporación, posterior al cumplimiento de ejecución de la pena, a la sociedad, manteniendo con ello, el orden público establecido.

4.2 El derecho procesal penal

Son aquellas “leyes procesales, creadas por el Estado para tutelar los derechos de los habitantes y resolver las controversias de relevancia jurídica... las leyes procesales preparan las reglas de conducta para la actuación del juez, las partes y los terceros ligados al proceso”¹⁶.

El sistema acusatorio contenido en nuestro Código Procesal Penal, se encuentra traspasando sus dieciocho años de derecho procesal positivo, con una marcada pronunciación en la observancia de los derechos humanos, desarrollados en sus garantías constitucionales y procesales que lo contienen.

Garantías como: legalidad, derecho a un debido proceso, la debida defensa, derecho a un defensor letrado, derecho de igualdad, derecho a un juez natural y

¹⁶ Ruiz Castillo de Juárez, Crista, Teoría General del Proceso. Pág. 25

prohibición de tribunales especiales, derecho a no declarar contra sí mismo, independencia judicial y la garantía constitucional de presunción de inocencia, que es de índole universal y de aplicación en todos los Estados del mundo. Asimismo, de los principios procesales de equilibrio, des judicialización, concordia, eficacia, celeridad, sencillez, debido proceso, defensa, inocencia, favor rei, favor libertatis, readaptación social y reparación civil.

Contemplando instituciones novedosas como: el criterio de oportunidad, (Artículo 24 del Código Procesal Penal –CPP–), la conciliación (Artículo 25 Ter CPP), la mediación (Artículo 25 Quáter CPP), la conversión de acciones públicas a acciones privadas (Artículo 26 CPP), y la suspensión condicional de la persecución penal (Artículo 27 CPP); asimismo, procedimientos específicos como, el procedimiento abreviado (Artículo 464 CPP), el procedimiento especial de averiguación por razón de interposición de un recurso de exhibición personal (Artículo 467 CPP), el juicio por delitos de acción privada (Artículo 474 CPP), juicio sobre medidas de seguridad y corrección (Artículo 484 CPP) y juicio de faltas (Artículo 488 CPP). Por mandato constitucional la función acusadora (acción penal) se encuentra en manos del Ministerio Público quien realiza la persecución penal en representación del Estado; la cual se materializa dirigiendo la investigación de los delitos y se encuentra revestido de grandes facultades, únicamente limitadas por la ley supranacional reconocida por el estado, la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código Penal (CP), Código Procesal Penal (CPP) y la Ley Orgánica del Ministerio Pública (LOMP).



Sistemáticamente, el proceso penal se divide en las etapas o fases de preparación o investigación (Artículo 309 CPP), etapa intermedia de depuración y análisis (Artículo 332 CPP), etapa del juicio oral y público, preparación, desarrollo y sentencia (Artículos del 346 al 397 CPP), la fase de impugnación o interposición de recursos (Artículo 398 CPP) y la de ejecución, donde se aplica la pena y medidas de seguridad y corrección en su caso (Artículo 492 CPP).

La investigación (Artículo 8 CPP), etapa que hoy nos ocupa, se procura mediante ilimitados medios de prueba con la excepción de aquellos que supriman garantías reconocidas constitucionalmente (Artículo 23 de la Constitución) como la inviolabilidad del domicilio o las facultades inherentes a la persona (decoro e intimidad corporal en las inspecciones), y al orden público establecido (contra el Estado). Como lo prescribe la norma procesal (Artículo 185 CPP), se podrán utilizar otros medios probatorios distintos a los contemplados taxativamente, como: el testimonio (Artículo 207 CPP); las pericias (Artículo 225 CPP); peritaciones especiales (Artículos 238 CPP) como necropsias en caso de muerte o envenenamiento, peritaciones de índole sexual y cotejo de documentos; reconocimientos (Artículo 244 CPP) de documentos y elementos de convicción, de personas y objetos materiales; careos (Artículo 250 CPP) y los medios auxiliares de prueba de comprobación inmediata (Artículo 187 CPP), como la inspección y el registro; siendo estos últimos, si fuere necesario realizarlos en lugar sin acceso público, con la imprescindible autorización judicial.

El Procedimiento penal puede conceptualizarse como el “conjunto de actuaciones tendientes a averiguar la perpetración del delito, la participación de los delincuentes, su responsabilidad e imponerles la penalidad señalada”¹⁷.

O bien, el conjunto de acciones y normas que regulan la averiguación de hechos delictivos, la participación del imputado, la determinación de su responsabilidad y la pena que le corresponde, así como la ejecución de la misma (Artículo 5 CPP), además, el procedimiento penal, establece el ejercicio de la acción penal (Artículo 24 CPP), la función jurisdiccional (Artículo 37 CPP), la competencia de los jueces (Artículo 43 CPP) y la actuación de las partes (Artículos 70, 81, 92, 107, 112 y 116 CPP), siendo su finalidad la averiguación de los actos delictivos, la individualización del participante, su grado de responsabilidad, su acusación, la pena que le corresponde y la ejecución de la misma; sus objetivos se dirigen a la determinación de la existencia de una conducta imputable y las circunstancias en que éste acaeció para su valoración y el establecimiento del daño causado.

4.3 De la investigación

El procedimiento preparatorio es la fase inicial del proceso penal. Cuando los fiscales o la policía tienen noticia de un hecho delictivo, generalmente reciben una información muy limitada. Obviamente, aún cuando hubiese un imputado conocido y presente, no sería posible juzgarlo por faltar demasiados elementos. Por ello y

¹⁷ Cabanellas Guiller. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VI. Pág. 439



por la exigencia de averiguar la verdad como uno de los fines del procedimiento, se hace necesaria una investigación.

El Ministerio Público es el encargado del ejercicio de la acción penal y de la investigación, que es la preparación de la acción. De conformidad a lo dispuesto en el Artículo 309 del CPP., el Ministerio Público actuará en ésta etapa a través de sus fiscales de distrito, fiscales de sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales de cualquier categoría previstos en la ley, quienes podrán asistir sin limitación alguna a los actos jurisdiccionales relacionados con la investigación a su cargo así como a diligencias de cualquier naturaleza que tiendan a la averiguación de la verdad, estando obligados todas las autoridades o empleados públicos a facilitarles la realización de sus funciones. Tiene como auxiliares en la investigación a los funcionarios y agentes de la Policía Nacional Civil, quienes están subordinados a los fiscales y deben ejecutar sus órdenes.

En su actividad investigadora, el fiscal deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles, para:

1º. Determinar la existencia del hecho con las circunstancias de importancia para la ley penal: El fiscal tendrá que investigar la existencia del hecho, el lugar, el tiempo, etc... Las circunstancias en las que ocurrieron los hechos también pueden ser relevantes para la tipificación o la apreciación de circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes. A la hora de determinar que hechos son relevantes, será necesario recurrir a la ley penal. Por ejemplo, será necesario determinar si

una persona entró en una vivienda o no a la hora de tipificar un allanamiento de morada.

2°. Comprobar que personas intervinieron y de qué forma lo hicieron (36 y 37 CP). Asimismo investigará las circunstancias personales de cada uno que sirvan para valorar su responsabilidad. Por ejemplo, determinar si uno de los partícipes se encontraba en situación de inferioridad psíquica (Artículo 26.1° CP)

3°. Verificar el daño causado por el delito, aún cuando no se haya ejercido la acción civil.

Para efectuar investigaciones el Ministerio Público tiene como auxiliares a los funcionarios y agentes de la policía, quienes están subordinados al fiscal y deben ejecutar sus órdenes.

En el ejercicio de su función el Ministerio Público goza de amplios poderes y facultades. De hecho, todos los poderes que otorga el Código Procesal Penal pueden ser ejercidos por el fiscal, salvo que expresamente la ley le otorgue a otro órgano (Artículo 110 CPP).

Sin embargo, el Ministerio Público no tiene una función unilateral de persecución. A diferencia del querellante, cuyo objetivo es lograr la condena del imputado, el fiscal ha de ser objetivo. Deberá preservar el estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, lo que implica que también tendrá que formular requerimientos, solicitudes y practicar pruebas a favor del imputado. Un sobreseimiento o una sentencia absolutoria no tiene por que ser un fracaso del

fiscal. En realidad está obligado tanto a proteger al acusado, como a actuar en contra de él, observando siempre la objetividad en su función.

Según lo dispuesto en el Artículo 315 del CPP, el imputado, su defensor y el querellante podrán proponer medios de investigación al Ministerio Público en cualquier momento del procedimiento preparatorio. Si los considera pertinentes y útiles tendrá que practicarlos. En el caso en el que considere que no procede practicar la prueba, el fiscal tendrá que dejar constancia por escrito de los motivos de su denegación. Por ejemplo, si la defensa propone testigos sobre la buena conducta anterior del imputado, el fiscal los podrá rechazar señalando que no ayudan a determinar cómo ocurrieron los hechos ni el grado de participación del imputado en los mismos. La parte que propuso la prueba rechazada, podrá recurrir al juez para que valore la necesidad de la práctica del medio de investigación propuesto.

En el desarrollo de su investigación el fiscal debe ser muy cauteloso para evitar que se vulnere el derecho de la defensa del imputado. Salvo los casos expresamente previstos por la ley (Artículo 314 cuarto párrafo del CPP), el fiscal no puede ocultarle al abogado de la defensa las pruebas practicadas. El derecho de defensa del imputado, no empieza en el debate ni en el procedimiento intermedio, sino desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra (Artículo 71 CPP).

El Artículo 48 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, exige que el Ministerio Público recoja de forma ordenada los elementos de convicción de los hechos

punibles para determinar el control del superior jerárquico, de la defensa, la víctima y las partes civiles.

Para realizar una buena investigación, el fiscal que va a tener a su cargo el caso, tiene que oír, respetando las garantías legales, al imputado durante el procedimiento preparatorio. De lo contrario, el fiscal no está escuchando a la persona que puede conocer más directamente los hechos. No podrá conformarse con la declaración escrita, ya que esta suele ser limitada y además se pierde la inmediación y la percepción visual. Por ejemplo, en las actas consta que el imputado golpeó a varios policías y al verlo es una persona de constitución endeble.

LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ DURANTE LA INVESTIGACIÓN

El sistema acusatorio, que rige en el Código Procesal Penal le otorga al fiscal la obligación de investigar y al juez de primera instancia la de controlar. La intervención del juez de primera instancia durante la investigación se concreta en seis puntos principales, sin perjuicio de otras actividades del juez durante el procedimiento preparatorio, como la resolución de cuestiones incidentales.

Los puntos en los que en los que se concreta la actividad de control del juez de primera instancia son los siguientes:

1º. El control sobre la decisión de ejercicio de la acción (Artículos 25, 27 y 310 del CPP): El juez es quien controla la decisión del Ministerio Público de abstenerse, suspender o desestimar el ejercicio de la persecución penal.

2º. La decisión sobre la aplicación de alguna medida de coerción sobre el imputado (Artículo 257 y siguientes del CPP).

3º. La autorización en diligencias limitativas de derechos constitucionales tales como el allanamiento en dependencia cerrada (Artículo 190 del CPP) o el secuestro de cosas (Artículo 201 del CPP).

4º. La práctica de la prueba anticipada (Artículo 317 del CPP).

5º. El control sobre la admisión por parte del fiscal de diligencias propuestas por las partes (Artículo 315 del CPP).

6º. El control de la duración de la investigación (Artículo 324 bis del CPP).

4.4 La prueba

La prueba obedece necesariamente al modelo de proceso penal que un Estado tiene instituido; en un modelo inquisitivo, como modelo político autoritario, se presupone la culpabilidad del imputado por la “apariencia de culpabilidad” como la raza, su condición social y sus antecedentes policiacos o judiciales; ingiriendo en ésta proposición causas como el genotipo y la estigmatización del imputado.

Siendo que la prueba es el único medio jurídico autorizado como modo de adquirir certeza de un hecho o una proposición, para acreditar la culpabilidad; prueba es lo vertido y comprobado en juicio y todos aquellos actos coleccionados durante la investigación, son denominados elementos de convicción; para los que rigen las mismas reglas de valoración y legalidad.

“La importancia de la prueba dentro del proceso penal es indiscutible ya que sin ella no se puede aplicar la ley penal a quienes la infringen, y resulta lógico porque quien comete un delito generalmente buscará esconder, disfrazar u ocultar su acción para escapar de responder ante la ley y la sociedad por su conducta ilícita”¹⁸,

El acto criminal no puede ser totalmente aislado, pues siempre está atado a circunstancias cuyas unidades se deben establecer, siendo éstas diversas e ilimitadas.

Nuestro proceso penal tiene por fin la investigación y el descubrimiento de los elementos de prueba, apoyándose la actividad y decisiones del fiscal en éstos, para declarar si un hecho es delito o falta, las circunstancias en que se produjeron, la participación de los imputados y emitir una acusación con el fin de lograr una pena; no basta que exista un delito para poder penarlo (Artículo 5 CPP), sino que deben existir pruebas para lograrlo.

4.4.1 Concepto fines y objetivos

“Prueba es todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en el proceso penal son investigados y respecto de los cuales pretende actuar la ley sustantiva. La prueba es el único medio para descubrir la verdad y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales, busca comprobar, demostrar y convencer”¹⁹.

¹⁸ Pérez Ruiz Yolanda. Para leer valoración de la prueba. Pág. 13.

¹⁹ Ministerio Público, Manual del Fiscal. Pág. 9.

El fin de la prueba es la búsqueda de la verdad o falsedad de los actos señalados como delito o falta, de las circunstancias en que pudo haber sido cometido y la posible participación del imputado.

El objeto de la prueba, se manifiesta dentro del proceso penal “por medio del material fáctico, incierto en cuanto a su conocimiento y que como tal puede y debe probarse, a fin de declarar la existencia o inexistencia sobre la cuestión sometida a decisión. Esta noción, cuando se refiere al proceso penal, queda íntimamente ligada al principio de la libertad de prueba según el cual todo objeto de prueba puede ser probado por cualquier medio, lo que no quiere decir a cualquier precio.

4.4.2 Elemento de prueba

Es acertado o correcto calificar de prueba, al elemento de prueba, que es aquel dato real y concreto, que debido a sus características, las reglas de la lógica, de las ciencias y de la experiencia común, tiene la capacidad de producir un conocimiento cierto o probable para conducir hacia otro dato por descubrir y correspondiente, para iniciar una presunción de un hecho o aquel antecedente necesario de apoyar el conocimiento fiel de las consecuencias de un hecho, que en la investigación criminal serían expresados como pistas, vestigios, rastros o huellas, encontradas en el lugar del hecho delictivo; sea en el propio cuerpo, como en el caso de las lesiones, aún en la percepción sensorial de los individuos, como el testimonio o declaración y resultados de una operación técnica, como la pericia.

El elemento de prueba o prueba, no constituye por sí sola la convicción de la realización de los hechos delictivos, puesto que debe ser sometida a la actividad

probatoria, a través de la observación de la legalidad de su incorporación, actividad que se desarrolla en el juicio oral, produciendo el argumento probatorio.

Se concluye con la definición jurídica de elemento de prueba o prueba que toma Cafferata Nores de Alfredo Velez Mariconde: "Es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva".

4.4.3 Órgano de prueba

Volviendo con las connotaciones del término prueba; se dice que el término obedece al órgano, persona o cosa que porta el dato probatorio, o es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso; ejerce la función de ser el enlace entre el elemento probatorio y el tribunal que lo conoce dentro del juicio oral al argumentar sobre el mismo, el fiscal acusador. Puede ser conocido por accidente, como el rol de un testigo, por encontrarse en el lugar en el momento de cometerse un acto ilícito o por discernimiento legal, en el caso del perito.

El procedimiento penal, al ocuparse de los medios de prueba, admite la posibilidad de que intervengan como órganos de prueba aquellas personas que no tienen algún interés en el proceso (peritos), o al contrario que tengan interés en su resultado (como el ofendido, cuidando los perjuicios que se puedan tener al valorar lo dicho), o el actor civil, declarando como testigo cuando sea necesario, cumpliendo la función de ser el intermediario entre la prueba y el juez.

4.4.4 Medio de prueba

Corresponde al procedimiento que prevé la norma procesal; siendo que el elemento de prueba es objetivo, su incorporación al proceso debe de velar por las condiciones de incorporación y ser de conocimiento de las partes.

Se conocen los medios de prueba en particular doctrinariamente, como la pericia, el testimonio, el reconocimiento de personas y cosas, reconstrucción del hecho, careo, confesión, inspección judicial, documentos, informes, traducción e intérpretes y presunciones e indicios (datos relevantes o útiles a la investigación).

Los denominados medios auxiliares de prueba, están destinados a coadyuvar en la actividad probatoria, o los vehículos para llegar a la prueba, como el secuestro, presentación de cosas o documentos, el registro domiciliario, clausura de locales, interceptación de correspondencia, intervención de comunicaciones telefónicas.

En las legislaciones modernas se tratan los medios extraordinarios de prueba, como el agente encubierto o “paraencubierto”, de mucha utilización en el combate al narcotráfico. También se considera la figura del imputado colaborador o mal denominado “arrepentido”, que se utiliza en la investigación del crimen organizado, al proporcionar datos de prueba para la desarticulación de una organización criminal donde los imputados, regularmente son innumerables.

En nuestra ley procesal penal, taxativamente se encuentran los siguientes medios de prueba:



Inspección, Registro, Allanamiento en dependencia cerrada, Allanamiento en lugares públicos, Reconocimiento corporal o mental, Levantamiento de cadáveres, Exposición del cadáver al público, Secuestro de correspondencia, Clausura de locales, Declaración de menores e incapaces, Testimonio, Peritación, Autopsias, Autopsia por envenenamiento, Peritación en delitos sexuales, Examen y cotejo de documentos, Traducción e interpretaciones, Reconocimiento de documentos y elementos de convicción, Reconocimiento de personas, Reconocimiento de cosas, Informes registrales y careos.

Pudiéndose también, utilizar aquellos que no contempla la ley, pero, atendiendo las garantías establecidas para su obtención y formalismos para su incorporación procesal.

Existen diversas clasificaciones de medios de prueba, pero responden más a lineamientos académicos o de métodos, y cualquier clasificación cerrada estaría poco favorable y crearía limitaciones, lo que no es concurrente con un sistema acusatorio moderno. Reiterando que quedan desterrados del ámbito procesal penal, aquellos medios de prueba incompatibles con el procedimiento penal, como la coacción o la tortura, así como aquellos medios que actualmente, no tienen un reconocimiento de la ciencia como la clarividencia, brujería, hechicería, hipnosis y otras análogas.

Los tribunales pueden ejercer limitación sobre los medios de prueba ofrecidos por el acusador, cuando estos resulten manifiestamente abundantes sobre un hecho o circunstancia que se pueda probar con un mínimo de elementos.

Los hechos notorios por sí mismos, no son objeto de prueba, puesto que no es necesario acreditar su veracidad, el probar quién es el presidente de uno de los tres organismos del Estado, o los hechos evidentes en los que “no cabe duda” alguna (después de la noche viene el día), el que una persona normal, este viva, camine y respire; salvo que, estos hechos puedan ser controvertidos razonablemente.

Cuando existe un hecho notorio, no se requiere de su comprobación e incorporación procesal. Puesto que, en común acuerdo con las partes o de oficio, se puede prescindir de esta, declarándola comprobada, por ser del conocimiento, divulgación o publicidad general o dominio público.

4.4.5 Objeto de prueba.

El objeto de la prueba se entiende como lo que se investiga, lo que puede ser probado en cualquier proceso o debe ser probado en un proceso determinado.

Dentro del objeto de prueba, se conoce aquel denominado doctrinalmente en abstracto; como los hechos naturales, un terremoto o una helada, la caída de un rayo; asimismo, como las cualidades y existencia de una persona su nacimiento edad.

“Se podrán intentar probar también las normas de la experiencia común (usos y costumbres comerciales y financieros) y el derecho no vigente (normas jurídicas extranjeras que fundamentan un pedido de extradición), o como el que, se presume conocido, como lo instituye el Artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial, en el que establece que contra la observancia de la ley, no puede alegarse su



ignorancia, que se encuentra en desuso o se actúa de otra manera en determinado lugar de su jurisdicción.

Y la consideración en concreto, respecto que el elemento de prueba deberá referirse al hecho delictivo, y sus circunstancias modificativas, como atenuarlo, agravarlo o justificarlo, y las extensiones. También determina quién o quienes han participado en el hecho ilícito, individualizándolos, como los motivos y facultades del actuar ilícitamente y circunstancias de peligrosidad del imputado, en su defecto, que no constituya delito.

Podemos finalizar el punto anterior, como lo sintetiza el jurista Cafferata Nores en sus nociones generales de la prueba en el proceso penal: Medio de Prueba: La regulación legal acerca del testimonio (obligación de atestiguar, citación y compulsión del testigo, forma de la declaración, etc.). Elemento de Prueba: el dicho del testigo, sus manifestaciones y respuestas sobre lo que se le interroga, en los cuales transmite el conocimiento que tiene al respecto. Órgano de Prueba: la persona del testigo que aporta el elemento de prueba y lo transmite al proceso mediante sus dichos. Objeto de Prueba: aquello que se investiga y sobre lo cual se interroga al testigo para que dicha lo que sepa al respecto.

4.4.6 Prueba indiciaria

Consideramos apuntar el término, puesto que, su empleo ahora es frecuente y estudiado dentro de los medios de prueba en particular; partiendo de que el “indicio (indicium, indicar, hacer conocer algo) es aquel dato (del latín datum lo que se da) real, cierto, concreto, indubitadamente probado”. Inequívoco,



indivisible” y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato aún más por descubrir y vinculado al thema probandum, es lo que otros autores denominan “hecho cierto” o lo que la norma en veces cita como efectos, rastros materiales del delito pero el indicio es más amplio, pues contempla una acción, omisión, el lugar, el tiempo, las cualidades que infieren a otro dato se le denomina “dato indicado” con el auxilio de la experiencia del investigador, de consideraciones técnicas o científicas, de leyes naturales o sociales.

Sería inútil enumerar o clasificar los indicios, puesto existen tantos como figuras delictivas pueda comprender la ley sustantiva, aunando a ello, que actualmente concurren y se instituyen delitos nuevos por avances tecnológicos o las formas asociadas de delinquir, comprendiendo cada una de ellos para su investigación, los propios como los ya conocidos que ayuden a inferir los datos probatorios dentro de una investigación.

Ahora, la representación de prueba indiciaria atiende a aquella actividad cognoscitiva a través del ejercicio mental, que discurre sobre un dato probatorio y se resume en un argumento probatorio, basado, como apuntamos anteriormente, en la experiencia o reglas técnicas, científicas, naturales o sociales; siendo el dato probatorio el inicio de la prueba indiciaria, que conduce hacia otro dato (dato indicado) que será material de lo que se pretende probar.

Si el indicio es “un hecho (o circunstancia) del cual se puede, mediante una operación lógica, inferir la existencia de otra”. (La inferencia es el razonamiento efectuado observando las reglas lógicas pertinentes; es una actividad en la que se

afirma una proposición sobre la base de otra u otras proposiciones, a cada inferencia posible corresponde un argumento y de estos argumentos trata la lógica primordialmente), es comprensible que los indicios fundamenten resoluciones judiciales para restringir provisionalmente la libertad o expedir una orden judicial para restringir provisionalmente la libertad o expedir una orden de inspección y registro en dependencia cerrada, así como otras medidas tendientes a asegurar la presencia del imputado, o la obtención de elementos de prueba. El término indicio es muy utilizado dentro de la actividad del cuerpo de Especialistas en la Escena del crimen y los dictámenes de los laboratorios de criminalística del Ministerio Público, no así, en la actividad probatoria, donde ya están clasificados y concatenados a una hipótesis, que reconstruye los hechos de un delito.

4.4.7 Libertad probatoria

En materia procesal son elementos que se suministran al juez o tribunal para su conocimiento que lo capacitan para decidir sobre la existencia o no de una pretensión o imputación sometida a su competencia; “.es el medio más confiable para descubrir la verdad real, y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales”²⁰.

En la ejecución de los medios y de los elementos de prueba, rige el principio de que: “en el proceso penal todo puede ser probado”, y por cualquier medio de prueba regulado o análogo, observando las formalidades de ley. Por lo que no alcanza el obtener prueba de cualquier forma o “a cualquier precio”, puesto que

²⁰ Cafferata Nores. La Prueba en el Proceso Penal, Pág. 5

las legislaciones imponen limitaciones, en aras de la protección de valores como la libertad y la intimidad de las personas.

Esta libertad probatoria tiene su arraigo en el proceso penal acusatorio, en los fines que este persigue, como lo es la verdad histórica del hecho delictivo, pero reconocemos que no es una libertad absoluta puesto que, existen limitaciones; la libertad probatoria atiende tanto al objeto de la prueba, como a los medios de prueba.

En relación al objeto, no se puede hacer prueba sobre cualquier hecho o circunstancia que no esté relacionado con la hipótesis que originó la persecución penal; tal libertad probatoria, no puede exceder en la investigación a hechos que no tengan relación directa o indirecta con el objeto de la prueba, pues esto constituiría un exceso de las atribuciones legales concedidas al fiscal.

Con relación a los medios de prueba, la libertad probatoria no determina la utilización de un medio determinado para obtener un dato probatorio, pero si se debe atender al medio de prueba que sea más idóneo y que garantice mejores resultados para su demostración; con lo que el director de la investigación deberá de cuidar que medio de prueba sea el eficaz para su argumentación de la verdad.

Por lo que es permitido lograr datos probatorios por cualquier medio, hasta los que no se encuentren regulados en la ley, con la atención de que estos sean eficaces y logren el fin de determinar la veracidad de los hechos delictivos, no constituyendo una arbitrariedad, pues es con la sensatez de asegurar la eficacia



de la prueba, utilizando métodos análogos y siempre con la observancia de las garantías individuales y principios procesales.

En resumen, se podrán utilizar todos aquellos medios de prueba previstos en la ley, o los que análogamente puedan generar datos ciertos, pero siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas o afecten el sistema institucional (Artículo 185 CPP).

4.4.8 Actividad probatoria

Acciones reconstructivas que se inician para descubrir la verdad jurídica en el proceso penal; sosteniendo los presupuestos que el fiscal ha de tomar para formarse una hipótesis de lo ocurrido desde la fase introductoria hasta la sentencia. Dinamizando todo el proceso penal, de donde se origina el gran valor que tiene la prueba; "...la actividad probatoria, es concebida como el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba. Invocando el interés público en materia criminal, los códigos, en general, han puesto la mayor parte de esa actividad a cargo de los órganos públicos (Ministerio Público, fiscal, policía, e incorrectamente a los tribunales), los cuales, con diferente intensidad según la etapa del proceso (o la parte de la actividad) de que se trate, intentaran lograr el descubrimiento de la verdad"²¹.

²¹ Ibíd. Pág.36

4.4.9 Valoración de la prueba

Es aquel juicio intelectual destinado a arraigar la eficacia cierta de lo que se desprende de los elementos de prueba, su utilidad al conocimiento de la reconstrucción de los hechos. Tarea encargada a los integrantes del tribunal, durante el juicio oral (Artículos 376, 377, 380, 381 del CPP), con los que estarán fundando su sentencia; pero es también tarea de las partes durante los momentos procesales idóneos (Artículo 347 del CPP), para demostrar que éstos elementos son suficientes, para lograr cada uno su correspondiente hipótesis, con lo que se tiene la convicción de arribar a un juicio oral.

El Artículo 385 del Código Procesal Penal, literalmente dice: “Sana crítica. Para la deliberación y votación, el tribunal apreciará la prueba según las reglas de la sana crítica razonada y resolverá por mayoría de votos”.

4.5 Concepto de delito

El delito está constituido por un acto humano, es además un acto ilegal, porque transgrede el ordenamiento jurídico.

El Licenciado Jorge Alfonso Palacios Motta, tratadista guatemalteco, indica: “Por ello se ha dicho con bastante razón que todo acto ilegal tiene su más alto exponente en el acto punible, que viene a constituirse así en una categoría dentro de la Teoría General del Derecho; el delito se caracteriza por ser un acto humano (porque es producto de la actividad humana); tal acto produce también consecuencias jurídicas que interesan al derecho. Los hechos extrajurídicos o ajenos al derecho tales como dormir, comer o llorar no producen consecuencias



jurídicas. Pero además de humano, el acto es voluntario porque depende de la voluntad del sujeto activo, se traduce en un hacer o un no hacer que se sabe ilegal. El acto humano, jurídico y voluntario se conoce en la filosofía del derecho como acto jurídico, de donde colegimos que el delito es un acto humano, que produce consecuencias jurídicas; voluntario e ilegal, porque contraviene el Derecho y por ello es antijurídico o si se quiere, es un acto jurídico que constituye el ilícito penal.

El delito ha sido ubicado doctrinariamente dentro de la categoría de los hechos jurídicos, que producen consecuencias jurídicas, que es sancionado con una pena y otras sanciones: una medida de seguridad, las multas y el pago de las responsabilidades civiles; más específicamente, dentro de los hechos jurídicos, el delito pertenece a los llamados actos jurídicos, ya que como hemos dicho consiste en una conducta voluntaria del hombre.

El Tratadista Eugenio Calón, dice: “Muchos criminalistas han intentado formular una noción del delito en sí, en su esencia, una noción de tipo filosófico que sirva en todos los tiempos y en todos los países para determinar si un hecho es o no delictivo. Tales tentativas han sido estériles, pues hallándose la noción del delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo, aquélla ha de seguir forzosamente los cambios de éstas, y por consiguiente es muy posible que lo penado ayer como delito se considere hoy como lícito y viceversa. Es, pues, inútil buscar una noción del delito en sí”²².

²² Cuello Calón, Eugenio Derecho Penal Pág. 287



Una noción la suministra la ley, de esa forma el Artículo 10 del Código Penal, que dice: “Relación de causalidad. Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta”.

En forma resumida se indican los elementos del delito:

-La Imputabilidad: Es una conducta humana, consiente y voluntaria.

-La acción: Que produce un efecto en el mundo exterior

-Tipicidad: Que se encuentra prohibida por la ley.

-Antijuricidad: La cual es contra el derecho.

-Culpabilidad: Y que la persona ha incumplido deliberadamente.

4.6 Delitos contra la corrupción

Se hará referencia a los delitos que se presume fueron cometidos por funcionarios y empleados públicos, cuyos hechos se encuentran descritos en los informes de auditoría, como resultado de los actos llevados a cabo por los auditores gubernamentales.

El inicio de la persecución penal por parte del Ministerio Público, se basa en la denuncia presentada y registrada en la Fiscalía de Sección contra la corrupción y en algunos casos en la Fiscalía de Sección de delitos administrativos.



La fiscalía de Sección contra la corrupción, o la que corresponda, por medio de sus agentes y auxiliares fiscales, elaboran el dibujo de ejecución de la investigación que llevarán a cabo, en caso le falte información a la denuncia, o que se aclaren algunas circunstancias, el Fiscal cita al auditor gubernamental para declaración, que servirá para ratificar la denuncia, aunque este procedimiento no se encuentra descrito en alguna norma, por costumbre se indica que ratifica, pero lo que en realidad se hace es ampliar rectificar algunos términos, que serán de utilidad para complementar su investigación, ya que se cuenta con la prueba documental, la que será aportada en la etapa intermedia, y después en el debate, donde nuevamente participa el auditor gubernamental, pero en calidad de testigo (técnico).

Se describen algunos delitos tipificados en el Código Penal, cometidos por los auditados, que incluyen los que fueron tipificados en la Ley Contra la Corrupción, Decreto 31-2012 del Congreso de la República.

Del título XIII, delitos contra la administración pública.

.Capítulo II. De los delitos cometidos por funcionarios o por empleados públicos:
Abuso de autoridad (Artículo 418), Incumplimiento de deberes (Artículo 419), Incumplimiento del deber de presentar declaración jurada patrimonial (Artículo 419 Bis), Falsedad en declaración jurada patrimonial (Artículo 419Ter), Desobediencia (Artículo 420), , Revelación de secretos (Artículo 422), Resoluciones violatorias a la constitución (423), (hay que poner el de abuso de autoridad) , Abuso contra particulares (Artículo 425), Prolongación de funciones públicas (Artículo 427),

Abandono de cargo (Artículo 429), Nombramientos ilegales (Artículo 432), Usurpación de atribuciones (Artículo 433), Capítulo III. De los delitos de cohecho: Cohecho pasivo (Artículo 439), 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).

Capítulo IV. De los delitos de peculado y malversación: Peculado por sustracción (Artículo 445), Peculado por uso (Artículo 445 Bis), Peculado culposo (Artículo 446), Malversación (Artículo 447), Enriquecimiento ilícito (Artículo 448 Bis), Testaferro (Artículo 448 Quáter).

Capítulo V. De las negociaciones ilícitas: Concusión (Artículo 449), Tráfico de influencias (449 Bis), Fraude (Artículo 450), Cobro ilegal de comisiones (Artículo 450 Bis), Exacciones ilegales (Artículo 451), Cobro indebido (Artículo 452).

4.7 Denuncia

La denuncia es la puesta en conocimiento ante el Ministerio Público, Organismo Judicial o autoridades policiales de la comisión de un hecho que, en opinión del interponente, reviste la característica de punible.

En cuanto a la legitimación y alcance, se dice que cualquier persona está legitimada para interponer denuncia por cualquier hecho punible que sea de su conocimiento, no existiendo ningún requisito de interés o vinculación con los hechos denunciados. La ley procesal establece, en su Artículo 297, un deber cívico de denuncia de los ciudadanos.



Sin embargo, estarán obligados a denunciar sin demora alguna (Artículo 298):

- i. Los funcionarios o empleados públicos que conozcan del hecho en el ejercicio de sus funciones, salvo que pese deber de guardar secreto.
- ii. Quienes ejerzan el arte de curar y conozcan del hecho en el ejercicio de su profesión u oficio, cuando se trate de delitos contra la vida e integridad corporal de las personas, salvo que pese deber de guardar secreto.
- iii. Quienes por disposición de la ley, autoridad o acto jurídico tuvieren a su cargo la administración, el cuidado o control de bienes o intereses de institución, entidad o persona, respecto de delitos cometidos en su perjuicio o de su patrimonio, siempre que conozca del hecho en el ejercicio de sus funciones.

El incumplimiento de esta obligación constituye delito de omisión de denuncia (Artículo 457 del Código Penal). Sin embargo, en base al Artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala de la República, desaparece la obligación cuando la denuncia pueda originar persecución penal contra ellos o sus parientes.

La interposición de la denuncia no le genera al denunciante ningún tipo de obligación o vinculación con el proceso (Artículo 300 CPP). Ello no impide que pueda ser citado para ampliar los términos de su denuncia o en calidad de testigo.

En el caso de que el hecho denunciado sea un delito de acción privada (Artículo 24 quater del CPP), habrá que comunicar al denunciante que el Ministerio Público



no tiene competencia para ejercitar la acción, por lo que si desea que se inicie proceso podrá, si tiene legitimación, interponer querrela. No obstante, el Ministerio Público podrá patrocinar al querellante cuando este no tuviere los medios económicos necesarios (Artículos 539 del CPP y 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público).

La interposición de la denuncia falsa está tipificada como delito en el Artículo 453 del Código Penal.

4.7.1 Forma y contenido

La denuncia no requiere de ningún tipo de formalidad. Se puede hacer por escrito o verbalmente, incluso por vía telefónica o similar. No se requiere la presencia de abogado y puede ser interpuesta por menor o por incapaz. Por ello, no se puede inadmitir la denuncia por defectos de forma.

En cuanto a su contenido, es requisito indispensable para la admisión la identificación del denunciante. La denuncia anónima, típica de los regímenes totalitarios, está prohibida en el Código Procesal Penal (Artículo 297). La denuncia deberá contener en lo posible, el relato circunstanciado del hecho, con indicación de los partícipes, agraviados y testigos, elementos de prueba y antecedentes o consecuencias conocidos (Artículo 299 del CPP).

En la misma denuncia, si el interponente tuviese legitimación para su ejercicio, se podrá solicitar que el Estado asuma en su nombre el ejercicio de la acción civil proveniente del hecho punible, la cual será ejercida por el Ministerio Público (Artículo 301 del CPP).

4.7.2 Tipos de denuncia

a) La denuncia ante el Ministerio Público

Cualquier persona puede plantear denuncia ante el Ministerio Público. Es obligación de los fiscales recibir todas las denuncias que se planteen, tanto verbales como escritas. Sin embargo, en aquellos casos en los que sea manifiesto que el hecho no es punible, se puede aconsejar desistir de la interposición y acudir al órgano competente para resolver su problema. No obstante, si el denunciante insiste en la interposición, el fiscal deberá recibir la denuncia, sin perjuicio que solicite posteriormente el desistimiento.

El Código Procesal Penal no exige que los ciudadanos sepan cual es el órgano competente para conocer del asunto que ellos denuncian. En aquellos casos en los que los hechos denunciados constituyan faltas, el fiscal los remitirá al juzgado de paz. Si por la naturaleza del caso o por el lugar de comisión, deban ser conocidos por una fiscalía de sección o por otra fiscalía distrital, el fiscal deberá hacer la remisión oportuna.

b) La denuncia ante el Organismo Judicial

El Artículo 297 del Código Procesal Penal, autoriza a cualquier persona la interposición de la denuncia ante juez o tribunal. Este deberá inmediatamente remitirla, junto a los documentos o pruebas presentados, al Ministerio Público.

c) La denuncia ante la policía

La policía es la institución ante la cual se dirigen con mayor frecuencia los ciudadanos para la interposición de las denuncias. Inmediatamente después de recibida la denuncia, la policía deberá comunicarlo al Ministerio Público bajo la forma de prevención policial.

EL INICIO DE OFICIO

El mandato legal del Ministerio Público de promover la persecución penal obliga al fiscal a iniciar la persecución penal en cuanto tenga conocimiento de un hecho que reviste las características de delito, aunque no sea por denuncia, querrella o prevención policial. Este conocimiento puede provenir de múltiples vías aunque las más frecuentes serán los medios de comunicación y delitos cometidos en el marco de un proceso (detención ilegal, falso testimonio, delito en audiencia..).

En base al principio acusatorio, esta facultad del fiscal no es extensible al juez de primera instancia. En aquellos casos en los que un juez tenga conocimiento de un hecho delictivo deberá, como cualquier ciudadano, interponer la denuncia ante el Ministerio Público.

4.8 Análisis de resoluciones

Primer apartado

Antes de efectuar el análisis, nuevamente transcribo el segundo párrafo del Artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, que dice: "...Todo informe de auditoría será sometido al proceso de control de calidad y no

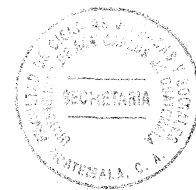


se podrá oficializar sin que se haya discutido previamente con los responsables de las operaciones evaluadas...”. El Artículo 30 de la misma ley, reza: “Obligación de denunciar. Los auditores gubernamentales que en cumplimiento de su función, descubran la comisión de posibles delitos contra el patrimonio de los organismos, instituciones, entidades y personas sujetas a fiscalización, están obligados a presentar la denuncia correspondiente ante la autoridad competente y hacerlo del conocimiento del Contralor General de Cuentas, quien deberá constituirse como querellante adhesivo....”.

Será positivo, que los auditores gubernamentales, presenten denuncias penales al Ministerio Público, sin que los informes cuyos hallazgos no hayan sido discutidos con los auditados, en esta oportunidad se hace referencia a sentencias emitidas por Juzgados constituidos en Tribunales de Amparo, pero para comprender la magnitud de la problemática describiré los hechos y fundamentos iniciales que dieron lugar a la sentencia, a saber: Se señala como autoridad responsable a la auditora gubernamental y al supervisor, obviándose los nombres; como acto reclamado: La denuncia penal presentada al Ministerio Público el día trece de enero del año dos mil dieciséis, identificada internamente en la Contraloría General de Cuentas con el Número DAJ-D-G-327-2015, identificada en el Ministerio Público con el Número MP001-2016-5771, a cargo de la Fiscalía de Sección contra la Corrupción; en los fundamentos de hecho se señala: ANTECEDENTES: Con fecha diecisiete de septiembre del año dos mil quince los Auditores Gubernamentales de la Contraloría de Cuentas, actuaron con el nombramiento número DAG-0330-2015, emitido por la Directora de Auditoría



Gubernamental con el Visto Bueno del SubContralor de Calidad de Gasto Público, con el objeto de practicar examen especial de auditoría que incluya aspectos financieros, de cumplimiento y de gestión, relacionados con la contratación de vehículos blindados por el Ministerio de Gobernación por el período comprendido del 01 de enero de 2015 al 23 de septiembre del 2015. Con base a la Auditoría realizada por la autoridad recurrida, llegaron a la conclusión de interponer la denuncia de mérito anteriormente identificada, DE LA CUAL TUVE CONOCIMIENTO EL VEINTITRÉS DE MARZO DEL DOS MIL DIECISÉIS, la cual constituye el Acto Reclamado, sin antes haber agotado el procedimiento administrativo establecido en el Artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas y norma 4.3 de las Normas de Auditoría del Sector Gubernamental, establecidas en el Acuerdo A-57-2006 del Subcontralor de Probidad, Encargado del Despacho, de la Contraloría General de Cuentas, así como el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala de la República, relacionado con el Derecho de Defensa y el Debido Proceso generando para el efecto la obligación de suscribir y elaborar un informe de auditoría que contenga los hallazgos detectados en la fiscalización, lo cual debe ser notificado para discutir el contenido del mismo con el objeto de otorgarme el ejercicio del de defensa y que se garantice el debido proceso, considerando que la discusión de los hallazgos encontrados se debe concluir sobre la condición final y su inclusión en incidencia en el informe definitivo, circunstancia que me fue vedada, pues nunca fui notificado al respecto, ni citado para la discusión de los mismos.



La autoridad recurrida ha actuado de forma antojadiza y arbitraria, inobservando lo establecido en el Artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas que preceptúa que: “Los informes que suscriban los auditores gubernamentales deben elaborarse de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas y de auditoría gubernamental, y las formalidades que se establecen en el Reglamento. Estos informes y documentos de auditoría constituirán medios de prueba para establecer las responsabilidades de los auditados, pero los admite como prueba en contrario. Todo informe de auditoría será sometido al proceso de control de calidad y no se podrá oficializar sin que se haya discutido previamente con los responsables de las operaciones evaluadas”. Por su parte la norma 4.3 de Normas de Auditoría del Sector Gubernamental establece que: “Discusión. El contenido de cada informe de auditoría del sector gubernamental debe ser discutido con los responsables de la entidad o unidad administrativa auditada, para asegurar el cumplimiento de las recomendaciones. La discusión del contenido del informe es responsabilidad del Supervisor y encargado designado por la Contraloría General de Cuentas, al trabajo de auditoría, la cual se debe efectuar con los funcionarios responsables de la entidad o unidad administrativa auditada, con el objeto de otorgarles el ejercicio de derecho de defensa de conformidad con las disposiciones legales vigentes”. En el presente caso la autoridad recurrida, violó mi derecho de audiencia, al inobservar las normas jurídicas establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, como las disposiciones contenidas en las Normas de Auditoría del Sector Gubernamental, ya citadas con anterioridad, y el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, “Derecho de Defensa. La



defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido"... Para sustentar de forma explícita la violación a los procedimientos internos de la propia Contraloría General de Cuentas y de mi derecho de defensa, es importante manifestar, que la autoridad recurrida debió por imperativo legal agotar la vía administrativa previamente a iniciar cualquier acción de tipo penal, en virtud, que el Derecho Penal debe de utilizarse como "ultima ratio" cuando no exista circunstancias previas que deben ventilarse, en tal sentido, la arbitrariedad con la que la autoridad recurrida actuaron en el presente caso es evidente por que no respetaron el proceso administrativo contenido en la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas y las Normas de Auditoría del Sector Gubernamental. Como podrá establecer Señor Juez, la Contraloría General de Cuentas a través de sus mismos auditores, ha sostenido en todos sus informes, que primero debe discutirse el resultado del informe, y una vez discutido con la autoridad auditada, si procediera podrá aplicar las acciones legales y administrativas, lo cual no ocurrió en el presente caso, porque nunca fui notificado del informe final, nunca tuve la oportunidad de conocer su contenido y mucho menos discutir los hallazgos, de tal manera que la autoridad recurrida al haber presentado la denuncia penal en mi contra ante el Ministerio Público sin haberme notificado a mi persona y haberme dado la oportunidad para discutir los posibles hallazgos, ha actuado con abuso de autoridad, vulnerando mi derecho de defensa, el debido proceso y el principio de legalidad, garantías constitucionales contenidas en el Artículo 12, 153, 154, 155 de la Constitución



Política de la República de Guatemala, en el Artículo 4 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, y en el Artículo 16 de la Ley del Organismo Judicial. En el apartado de PETICIÓN de este escrito específicamente de SENTENCIA, dice: “Que al dictar sentencia se resuelva: A) Otorgar Amparo al interponente HÉCTOR MAURICIO LÓPEZ BONILLA. B) Que se deje en suspenso la denuncia penal identificada con el número MP001-2016-5771, en poder de la Fiscalía de Sección Contra La Corrupción, Ministerio Público, EN CONSECUENCIA SE ORDENE A LA AUTORIDAD RECURRIDA a concluir con el procedimiento administrativo, notificando y concediendo la audiencia respectiva para discutir hallazgos administrativos que generó el examen de auditoría realizado por los Auditores Gubernamentales de la Contraloría General de Cuentas. Correspondiente Informe final del examen especial de auditoría con base al nombramiento número DAG---0330-2015, emitidos por la Directora de Auditoría Gubernamental con el Visto Bueno del Subcontralor de Calidad de Gasto Público, de la Contraloría General de Cuentas, con el objeto de practicar examen especial de auditoría que incluya aspectos financieros, de cumplimiento y gestión, relacionados con la contratación de vehículos blindados por el Ministerio de Gobernación por el período comprendido del 01 de enero del 2015 al 23 de septiembre del 2015, en cuanto al amparista y se restablezca la situación jurídica afectada, bajo apercibimiento que sí así no lo hace se le deducirán las responsabilidades civiles y penales respectivas y se le impondrá la multa correspondiente. D) Que se condene a la autoridad recurrida al pago de las costas, y al pago de los daños y perjuicios ocasionados al amparista.



Conforme la Sentencia de Amparo No. 01164-2016-00341. OF. 1º. Y Not. 1º. Del Juzgado Décimo cuarto de Primera Instancia del Ramo Civil de Guatemala, constituido en Tribunal de Amparo, de fecha veintiséis de septiembre de dos mil dieciséis, por su importancia transcribo el segundo CONSIDERANDO, que dice: “En el presente caso, del análisis de los hechos esgrimidos por el recurrente y recurridos, así como de los documentos que obran en autos, este Tribunal considera que el Amparo de mérito no puede prosperar toda vez, estima el juzgador que la auditora gubernamental y el supervisor de la Contraloría General de Cuentas, al emitir su informe actuaron de conformidad con la voluntad de la ley, siendo esta una cuestión de carácter administrativa y la misma se realiza por actos ejercitados por la autoridad específica, en este caso los auditores de la contraloría, “actuaron la ley” esos actos necesarios para que una situación jurídica general (voluntad de ley) se aplique a un caso individual, son actuaciones designadas por la doctrina jurídica administrativa, con el nombre de “actos-condición”, significando con ello, que el acto condiciona la aplicación de la norma de carácter general a una actividad particularmente condicionada, en este caso, la norma general aplicada por los auditores es la procedencia de la denuncia penal al encontrar sustento legal para la misma, bajo la condición (condicionalidad exigida por la doctrina), que la persona contra quien se dirija (sujeto específico condicionado en este caso ministro de gobernación) se encuentre contemplada dentro de los requisitos exigidos por la norma para su ejecución. En el caso de mérito, el hallazgo contable de la posible comisión de una conducta considerada como delictiva, por parte de quien ejercía el cargo de Ministro de Gobernación. Por lo que actuaron en consecuencia cumpliendo con su obligación legal y dentro de su



competencia adjetiva, por lo que el juzgador de acuerdo con el Artículo 8 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, no encuentra exista violación a los derechos del recurrente, pues lo que realizaron los auditores fue concretar la voluntad de la ley por medio de un hecho en el que la voluntad humana interviene únicamente Con objeto Procedimental de poner en ejecución o ejercitar la voluntad legal, siendo este acto jurídico que no constituye la propia voluntad de estos, por lo que es improcedente la acción de amparo ejercitada en su contra. Estimando para el efecto que la presentación de una denuncia penal por posibles acciones ilícitas, se realizó conforme a las facultades otorgadas por la ley, pues de conformidad con el Artículo 30 del Decreto 31-2002 del Congreso de la República, Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas es lo procedente. Aunado a lo anterior se presume la inocencia del denunciado o procesado hasta que no exista sentencia firme, previo a agotar las etapas procesales del juicio penal, donde el interponente del amparo, puede hacer valer su derecho a un debido proceso y ejercer su derecho de defensa, aportar prueba y desvanecer los hechos denunciados. Por lo tanto, se confirma la inexistencia de motivos para otorgar el amparo pues el acto de la presentación de la denuncia no constituye una violación a los derechos constitucionales, sino el uso de las facultades legales de las que están revestidas los auditores gubernamentales, quienes en ejercicio de su cargo, cumplieron con hacerla, como actuación preparatoria del inicio de un debido proceso penal con todas las garantías constitucionales de defensa del procesado, o la desestimación y archivo de la misma, por lo tanto el postulante tiene a su alcance los medios y procedimientos



legales para solicitar su intervención en el proceso de investigación y presentar la prueba que considere necesaria para desvanecer los hallazgos denunciados.

En la parte resolutive de esta Sentencia, se declara que se deniega la Acción Constitucional de Amparo, promovida por (el funcionario público, sin identificar su nombre) en contra de la auditora gubernamental y el supervisor, de la Contraloría General de Cuentas, por notoriamente improcedente.

En el mismo sentido se pronunciaron sentencias por el Juzgado Décimo de Primera Instancia Civil, Juzgado Séptimo de Primera Instancia del Ramo Civil y Juzgado Décimo Cuarto de Primera Instancia Civil, constituidos en Tribunales Extraordinarios de Amparo, habiéndose emitido sentencias con fechas siete de octubre de dos mil quince, cuatro de diciembre de dos mil quince y veintinueve de febrero de dos mil dieciséis, Amparos identificados con los Números: 01042-2015-00705-OFICIAL 4º., 01048-2015-00791 Oficial y Notificador Tercero, respectivamente. Todos se refieren a exámenes especiales de auditoría, a cargo de Auditores Gubernamentales de la Contraloría General de Cuentas, en el Ministerio de Gobernación. Dentro de las consideraciones, estimo importante evidenciar algunas de ellas. Del Amparo 01042-2015-00705, indica: Que tomando en consideración lo anterior, este Tribunal estima que ningún agravio le causa al postulante la presentación de dicha denuncia por parte de los auditores gubernamentales, ya que éstos en cumplimiento de su función, hicieron la respectiva denuncia por el descubrimiento de comisión de posibles delitos contra el patrimonio de los organismos, instituciones, entidades y personas sujetas a fiscalización, esto con fundamento en lo que para el efecto establece el Artículo 30



de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas; se agrega que la actuación de los auditores gubernamentales y que dentro de la normativa no aparece que contenga un procedimiento previo, por lo que la presente acción constitucional de amparo deviene improcedente. Del Amparo 01048-2015-00791, en el segundo CONSIDERANDO dice: “Del estudio de los argumentos que fundamentan la presente acción se puede determinar que el postulante argumenta la vulneración de sus derechos constitucionales de defensa, debido proceso y el principio de legalidad, en virtud que la autoridad recurrida inobservó el procedimiento regulado en el Artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas y 4.3 de las Normas de Auditoría del Sector Gubernamental, al no conferirle el plazo respectivo para poder discutir el contenido de los hallazgos de la auditoría efectuada, así como para poder presentar pruebas de descargo. En ese orden de ideas, es importante señalar que de acuerdo a lo regulado en el Artículo 232 de la Constitución Política de la República de Guatemala “La Contraloría General de Cuentas es una institución técnica, descentralizada, con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas. También están sujetos a esta fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier otra persona que por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos...”,más adelante se sigue indicando: ..”asimismo, este tribunal, en el caso objeto de estudio, no advierte el agravio que argumenta el postulante ya que no se ha violentado su derecho de defensa y debido proceso, toda vez que el mismo le asiste ante el ente



investigador, ya que es ante esta instancia que puede presentar sus argumentos y elementos probatorios que le permitan desvirtuar los hechos denunciados...El amparo resulta improcedente por falta de agravio, cuando de lo actuado se determina que la autoridad reclamada ha procedido conforme a las normas legales que rigen su actuación y no se evidencia violación de ningún derecho garantizado por la Constitución. Y el amparo No. 01164-2016-00088 se indica en la parte conducente del segundo considerando: “....Por lo tanto el juzgador concluye que no existen motivos para otorgar el amparo pues el acto de la presentación de la denuncia no constituye una violación a los derechos constitucionales, sino el uso de las facultades legales de las que están investidas las auditoras gubernamentales, quienes en ejercicio de su cargo, cumplieron con hacerla, pero dicha denuncia no implica un pronunciamiento de culpabilidad sino conlleva un procedimiento de investigación previa que provoca dos situaciones: El inicio de un debido proceso penal con todas las garantías constitucionales de defensa para el procesado, o la desestimación y archivo de la misma, por lo tanto el postulante tiene a su alcance los medios y procedimientos legales para solicitar su intervención en el proceso de investigación y presentar la prueba que considere necesaria para desvanecer los hallazgos denunciados, situación que hace improcedente la presente acción constitucional de amparo, debido a que no existe a juicio del juzgador violación constitucional alguna, pues el amparista tiene a su alcance los medios de defensa que la propia ley reconoce a cualquier persona en proceso de investigación por la posible comisión de un delito”.



Se concluye, con el criterio de que los Auditores Gubernamentales, pueden plantear denuncias penales ante el Ministerio Público, sin discutir los hallazgos encontrados con los auditados.

Segundo apartado

En el segundo grupo de análisis se encuentran la resolución emitida por el Ministerio Público, por denuncia presentada por la Contraloría General de Cuentas, en la cual se establece que no se discutieron los hallazgos con los auditados, considerando dicho ente encargado de la persecución y acción pública penal, que debió agotarse el procedimiento administrativo respectivo. Este análisis se hace de la siguiente manera:

Expediente MP001-2016-126680, tramitado en la FISCALIA CONTRA LA CORRUPCIÓN, AGENCIA 4, habiéndose emitido RESOLUCIÓN DE DESESTIMACIÓN, de fecha 16 DE ABRIL DE 2018. La investigación se inició derivado de la denuncia interpuesta por Auditoras Gubernamentales en contra de varios funcionarios públicos que por razones obvias no se anota su nombre

Respecto a los hechos denunciados: Se refieren las denunciantes que en cumplimiento al Nombramiento DAEAD-0005-2016 de fecha 26 de Enero de 2016 se les designó para que se constituyeran al Registro General de la Propiedad con el objeto de practicar examen especial de auditoría que incluyera evaluación de aspectos de cumplimiento y de gestión por el período comprendido del 01 de Enero al 31 de Diciembre de 2015. Al realizar la fiscalización establecieron que el Registro General de la Propiedad, en el período del auditado la percepción de



fondos privativos provenientes exclusivamente por concepto de honorarios, por los servicios que presta de inscripción, anotación o cancelación de actos o contratos de bienes muebles o inmuebles y otros servicios; carece de la emisión de formas oficiales y el procedimiento utilizado es mediante la emisión de un recibo de pago generado por el Sistema Fénix administrado por la empresa GBM de Guatemala, S.A. que no cuenta con la debida autorización de la Contraloría General de Cuentas.

Dichos honorarios son pagados fijados de acuerdo al arancel en su totalidad previamente a la presentación de los documentos, pero cuando el documento ingresado por los usuarios es rechazado o suspendido éste genera la devolución de los honorarios, cobrando únicamente Q.25.00 como servicios administrativos, sin embargo no existe documento autorizado para efectuar devoluciones de honorarios, toda vez que emiten el mismo número de recibo de pago que se extiende cuando se efectúa el cobro anticipado de servicios, provocando manipulación de información en el recibo de pago y falta de confiabilidad y razonabilidad del documento que se extiende, toda vez que puede ser modificado y manipulado el recibo de pago y por efectuar un procedimiento que no se encuentra autorizado por la Contraloría General de Cuentas no se tiene control gubernamental que fiscalice los ingresos por el tipo de documento que extiende la entidad. Así también el procedimiento de devoluciones de honorarios a través de transferencias no se encuentra regulado por parte de la entidad, toda vez que lo realizan por costumbre y se viene efectuando aproximadamente a partir del año 2002 estando pendiente de aprobación el manual de procedimientos.



Entre los hallazgos detectados por los auditores gubernamentales se encuentra que los ingresos que reporta el Sistema FENIX asciende a la cantidad de Q.156,350,229.26 y en el SICOIN se reporta un ingreso de Q.134,460,408.56, determinándose una diferencia de Q.21.889,820.70 de los cuales la Sección de Caja acreditó como devolución Q.22,321,783.01, quedando en demasía la cantidad de Q.431,962.31 y en las devoluciones registradas en el Sistema FENIX reporta Q.37.766,958.35 estableciéndose una diferencia de Q.336,667.80 con el SICOIN, sin embargo la Contraloría General de Cuentas en su memorial de denuncia indica que el monto denunciado de ingresos es de Q.156,350.,229.26 más el monto de devoluciones de honorarios de Q.37.766,958.35, siendo un gran total denunciado de Q.194,117,187.61.

En esta resolución se señalan los siguientes documentos que acreditan la procedencia de la desestimación.

1. Denuncia DAJ-D-EAD-482-2016 NOMBRAMIENTO DAEAD-0005-2016 de fecha 21 de Diciembre de 2016 presentada por la Contraloría General de Cuentas que contiene el informe sobre el hallazgo al cual le adjuntan los originales de los recibos de pago y de devoluciones de honorarios generados por la entidad Fénix, reportes generados del SICOIN de ingresos y de fondos de terceros, recibos de fondos de terceros, reportes presentados y generados del sistema Fénix, ingresos que reporta el sistema Fénix cobrados mediante boleta de depósitos, cheques, efectivo, tarjeta de crédito y abonos por los cajeros ubicados en zona central y de los departamentos, cédula comparativa de ingresos, según SICOIN, cédula devolución de honorarios, cédula comparativa de devolución de honorarios,



devoluciones de honorarios reportados por el sistema Fénix y recibos de devolución de honorarios.

2. Declaración testimonial de fecha 26 de Enero de 2018 brindada por las Auditoras Gubernamentales IREIDA ARABELLA GARCÍA GIRÓN y JANETT ANABELLA CATALÁN GUERRA manifestaron que al informarle a la Sección de Caja sobre la diferencia de **Q.431,962.31** éstos argumentaron que la diferencia no era esa cantidad sino que de **Q.437,263.54** porque no ingresaron recibos al sistema de caja FENIX, existiendo aún la diferencia de **Q.5,301.23** **disminuyéndose considerablemente el monto**, pero según el Registro General de la Propiedad, es complicada su integración ya que se debe de integrar de forma manual, dentro de todos los registros del 2015. Así también indicaron que debido a la falta de uso de formas oficiales no se le puede dar credibilidad y razonabilidad a lo reportado por el Sistema FENIX por lo que el monto denunciado son los totales de ingresos percibidos de fondos privativos provenientes de honorarios así como la cantidad de egresos por devoluciones. De igual forma, **aduce el ente fiscalizador que no se discutió el hallazgo con las personas responsables -ahora denunciadas- porque se presentaría denuncia ante el Ministerio Público.**

3. Certificación de fecha 18 de Enero de 2018 extendida por el Lic. Francisco René Alarcón, Secretario General de la Contraloría General de Cuentas del INFORME DE EXAMEN ESPECIAL DE AUDITORÍA, REGISTRO GENERAL DE LA PROPIEDAD, PERÍODO AUDITADO DEL 01 DE ENERO AL 31 DE DICIEMBRE DE 2015, donde se encuentra el Hallazgo No. 1 RECEPCIÓN DE



FONDOS PRIVATIVOS Y DEVOLUCIONES DE HONORARIOS SIN ADOPTAR LA FORMA GUBERNAMENTAL Y SIN CONTROL SOBRE LOS MISMOS, objeto de la denuncia, donde en el apartado de Comentario de los Responsables se indica “No se discutió el hallazgo con los responsables en virtud que se presentó denuncia ante el Ministerio Público.”

Me permito transcribir los CONSIDERANDOS de dicha resolución, así: Que el Artículo 310 del Código Procesal Penal establece: “Cuando el hecho de la denuncia, querella o prevención policial no sea constitutivo de delito o no se pueda proceder, el fiscal desestimaré...” En la presente denuncia la Fiscalía realiza las siguientes consideraciones:

I. En la copia certificada del INFORME DE EXAMEN ESPECIAL DE AUDITORÍA, REGISTRO GENERAL DE LA PROPIEDAD, PERÍODO AUDITADO DEL 01 DE ENERO AL 31 DE DICIEMBRE DE 2015, en el apartado número 6: RESULTADOS DE LA AUDITORÍA, donde se establece el Hallazgo No. 1 RECEPCIÓN DE FONDOS PRIVATIVOS Y DEVOLUCIONES DE HONORARIOS SIN ADOPTAR LA FORMA GUBERNAMENTAL Y SIN CONTROL SOBRE LOS MISMOS se encuentran los motivos que originaron la denuncia y en el apartado de **Comentario de los Responsables** se indica: **“No se discutió el hallazgo con los responsables en virtud que se presentó denuncia ante el Ministerio Público”**. A ese respecto conviene traer a colación el Artículo 54 del Reglamento de la Ley de la Contraloría General de Cuentas, Acuerdo Gubernativo 192-2014 (vigente en la época en que fue practicada la Auditoría a la entidad denunciada), el cual establece: **“Informes de auditoría**. Los informes de auditoría constituyen el



resultado final del trabajo del Auditor Gubernamental, **mediante el cual se dan a conocer por escrito las incidencias y acciones correctivas de cada auditoría, de acuerdo a la naturaleza de las mismas y en su elaboración se observarán, las normas de auditoría gubernamental y leyes aplicables**, esos informes deberán ser oficializados por el Contralor o los Subcontralores a quienes se les hubiere delegado esa función. Cuando existan anomalías o irregularidades en los trabajos de auditoría, el auditor, deberá procederse de conformidad con la ley.” De igual forma, el Artículo 58 del mismo texto legal precitado regula: **Formulación de cargos**. Para los efectos de lo que establece el inciso f) del Artículo 4 de la Ley, **los auditores gubernamentales, con el visto bueno del supervisor, en su caso, correrán audiencia por un plazo de hasta 15 días hábiles improrrogables al responsable, para que proceda a desvanecer los cargos o reparos formulados contenidos en el informe respectivo**. En ese informe figurarán las sumas reparadas, las citas de las leyes infringidas y la determinación de los presuntos responsables, deberá ser notificada por los procedimientos legales. **Si vencido ese plazo los mismos no fueran desvanecidos por los responsables, el expediente de auditoría conteniendo el informe de los cargos confirmados y documentos de auditoría probatorios, serán cursados con la petición para iniciar el juicio de cuentas respectivo a la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Contraloría**, quien, a través del personal respectivo, elaborará la demanda correspondiente procediendo de conformidad con la Ley del Tribunal de Cuentas. Si los cargos fueran constitutivos de delito se deberá proceder a formular la denuncia penal pertinente. Tal y como se desprende de la normativa precitada, es evidente que la formulación de cargos (correr audiencia



por 15 días hábiles) es parte esencial o fundamental del procedimiento administrativo, el cual permite al responsable desvanecer los cargos o reparos formulados. Esa audiencia es *conditio sine qua non*, previo a confirmar los cargos así como iniciar el juicio de cuentas respectivo y/o formular la denuncia penal, atendiendo a las circunstancias concretas del hecho. Si los auditores gubernamentales de la Contraloría General de Cuentas hubieran corrido la audiencia de mérito, las partes denunciantes pudieran haber expuesto al ente fiscalizador los motivos de las diferencias reales identificadas en la denuncia, y el ente investigador tuviera los elementos de juicio que le permitieran determinar si efectivamente esas diferencias encontradas son producto de una sustracción de los recursos públicos (peculado por sustracción), si se le dio una aplicación diferente a lo que fuere destinado (malversación); o en su defecto, la sustracción de recursos por negligencia de algún funcionado (peculado culposo). Empero, en el presente caso, el único hallazgo de la denuncia que pudiera ser de relevancia penal, carece de sustento fáctico y probatorio porque no se puede establecer el motivo de estas diferencias, debido a que no se otorgó el derecho de defensa para desvanecer o confirmar los cargos, lo cual constituye una abierta violación al derecho de defensa y debido proceso.

II. Respecto al derecho de defensa y debido proceso, La Corte de Constitucionalidad, ha asentado los siguientes criterios, aplicables *mutatis mutandi* al presente caso. En sentencia del uno de abril de mil novecientos noventa y siete, resolvió: “Los derechos de Defensa y del Debido Proceso consisten en la observancia de parte del tribunal de todas las normas relativas a la tramitación del



juicio, la posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente para procurar la obtención de justicia, debiendo ser oído y dársele la oportunidad de hacer valer sus medios de defensa en la forma y con las solemnidades prescritas en la ley. Si, al aplicar la ley procesal al caso concreto se priva a la persona del derecho de accionar ante los jueces competentes y preestablecidos, de defenderse, de ofrecer y aportar prueba de presentar alegatos o de usar un medio de impugnación contra las resoluciones judiciales, entonces se estará ante una violación a la garantía constitucional al Debido Proceso. Y, es en esos casos cuando opera el Amparo como un instrumento jurídico que la Constitución ha instituido con el objeto de restablecer la situación jurídica afectada.” (Gaceta 44, página número 45 de la Corte de Constitucionalidad). De igual forma, dicha honorable Corte, se ha pronunciado (*mutatis mutandis* al presente caso) en el sentido que: “(...) el hecho de la infracción al derecho de defensa se configura no sólo cuando se deja de dar audiencia a alguna de las partes, sino también, cuando en la resolución final no se analizan los medios de convicción aportados como prueba...pues tal omisión produce el mismo efecto que la falta de audiencia (...)” (Sentencia del veintiuno de noviembre de dos mil siete. Expediente 2094-2007.) Y en ese orden de ideas, la Corte de Constitucionalidad, en cuanto al derecho de audiencia y al debido proceso ha establecido: “Los derechos de audiencia y al debido proceso reconocidos en el Artículo 12 de la ley fundamental, al provenir de una norma general prevista en la parte dogmática, deben tener plena observancia en todo procedimiento en que se sancione, condene o afecten derechos de una persona. Tienen mayor relevancia y características en los procesos judiciales, es cierto (...) media vez, por actos de poder público, se afecten derechos de una

persona. Tales derechos abarcan la potestad de ser oído, de ofrecer y producir medios de prueba y de rebatir las argumentaciones deducidas, y el pronunciamiento definitivo de conformidad con la ley (...). (Sentencia del seis de julio del año dos mil. Expediente 272-00).

IV. Si bien es cierto, el Artículo 30 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, Decreto 31-2002 del Congreso de la República de Guatemala, establece que: *“Obligación de denunciar. Los auditores gubernamentales que en cumplimiento de su función, descubran la comisión de posibles delitos contra el patrimonio de los organismos, instituciones, entidades y personas sujetas a fiscalización, están obligados a presentar la denuncia correspondiente ante la autoridad competente y hacerlo del conocimiento del Contralor General de Cuentas, quien deberá constituirse como querellante adhesivo. (...)* También lo es que este deber jurídico está condicionado al respeto irrestricto del derecho de defensa y debido proceso, en plena observancia del procedimiento administrativo de formulación de cargos, y como resultado del hecho de no haberlos desvanecidos, pero PRINCIPALMENTE MEDIANTE LA IDENTIFICACIÓN DE HECHO QUE SE CONSTITUYAN DE RELEVANCIA PENAL.

En la Parte final de la resolución, se indica: Por lo tanto la Fiscalía estima pertinente la DESESTIMACIÓN de la denuncia presentada por las auditoras gubernamentales de la Contraloría General de Cuentas en favor de varios funcionarios y empleados públicos del Registro de la Propiedad, toda vez que judicialmente se ha aceptado la existencia de la cuestión prejudicial por haberse presentado la denuncia penal sin haberse agotado el procedimiento administrativo



y sin haberse otorgado el derecho de audiencia como medio de defensa antes de la formulación de cargos, en tal virtud como consecuencia jurídica el Juzgador suspendió el procedimiento hasta que se agote el procedimiento administrativo pertinente, inclusive el proceso económico coactivo, en caso de existir cantidades de dinero que no sean integradas y se determine realmente si existe o no la comisión de delito o falta por parte de los funcionarios denunciados. **VI. NOTIFÍQUESE** a las denunciantes e infórmeles que tienen la oportunidad dentro del plazo de diez días siguientes para oponerse ante juez competente con el auxilio de abogado de su confianza. Artículos 1, 2, 3, 24, 25, 27, 28, 29, 48 y 50 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Artículo 8, 9, 24, 107 y 310 del Código Procesal Penal.

Nótese que en el presente caso los hallazgos no fueron discutidos con los auditados y la denuncia debió acompañarse del informe final, donde existiera la certeza de que los hechos fueran constitutivos de un ilícito penal.

Tercer apartado

En este apartado se analiza la denuncia presentada sin que se haya verificado la audiencia de discusión de hallazgos con los auditados, se identifica con el Número DAJ-494-2016, presentada por los auditores gubernamentales, amparados en los nombramientos CUA: 52859 DAM-0130-2016 de fecha 19 de julio de 2016 y CUA: 52859 DAM-0254-2016 de fecha 24 de agosto de 2016, emitidos por la Dirección de Auditoría de Municipalidades y el Sub contralor de Gasto Público de la Contraloría General de Cuentas habiéndoseles designado practicar examen



especial de auditoría en la Empresa Eléctrica Municipal de Guastatoya, El Progreso, a la cuenta No. E1-6, específicamente al Estado de Liquidación del Presupuesto de ingresos e información financiera correspondiente al ejercicio fiscal 2015.

En el apartado de hechos de la denuncia, se describen los siguientes: “Se determinó que como consecuencia de la solicitud de solvencia de pago de energía eléctrica, presentada ante la Municipalidad de Guastatoya, El Progreso, por la Empresa xxx; un adeudo por parte de dicha empresa por el monto de SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CIENTO TRES QUETZALES CON TRECE CENTAVOS (Q759,103.13), habiéndose presentado documentos por parte de dicha Empresa, donde se establece que hizo los pagos correspondientes; sin embargo, se establece que los recibos FORMA 7-B INGRESOS VARIOS Serie A, fueron extendidos a nombre de otras personas y por montos que ascienden a la suma de SESENTA Y SIETE MIL CIENTO SETENTA Y UN QUETZALES CON NOVENTA Y UN CENTAVOS (67,171.91), es decir que la documentación de soporte presentada es falsa, dándose la sustracción por parte de funcionarios y empleados de la Empresa Eléctrica Municipal de Guastatoya, departamento de El Progreso, de los pagos por servicio de energía eléctrica del periodo comprendido del 1º. De enero de 2015 L 31 de diciembre de 2015, por el monto de SEISCIENTOS NOVENTA Y UN MIL NOVECIENTOS TREINTA Y UN MIL QUETZALES CON VEINTIDÓS CENTAVOS (691,931.22), siendo partícipes de los hechos los señores xxx, Alcalde Municipal de Guastaoya, El Progreso y Gerente General de la Empresa Eléctrica Municipal y xxxxx, Gerente



Administrativo de la Empresa Eléctrica Municipal, en la fecha en que sucedieron los hechos, y demás empleados y funcionarios que se establezcan en la investigación. Se agrega además en el apartado de hechos, que también se estableció que la empresa xxxx, giró cheques del Banco G&T a nombre de la Empresa Eléctrica Municipal de Guastatoya, los cuales tienen la palabra NO NEGOCIABLE, al revisar las fotocopia de los cheques, no refleja el sello de compensación, sino aparece en el endoso el número de documento DPI con CUI 2595 11145 0202, firma y sello de Gerente Administrativo de la Empresa Eléctrica Municipal, existiendo por tanto, la falsificación y alteración de documentos.

Se presentaron por dichos auditores, otras tres denuncias en el mismo sentido, cambiando el monto y la empresa a las que se prestó el servicio de energía eléctrica, teniendo conocimiento que se conexaron dichas denuncias y fueron trasladadas a la Fiscalía de Sección Contra la Corrupción. Estas denuncias si tienen persecución penal y no fueron desestimadas como pasó con la denuncia referida en el apartado anterior.

El numeral 1 del Artículo 298 del Código Procesal Penal, dice: “Denuncia obligatoria. Deben denunciar el conocimiento que tienen sobre un delito de acción pública, con excepción de los que requieren instancia, denuncia o autorización para su persecución, y sin demora alguna: 1) Los funcionarios y empleados públicos que conozcan el hecho en ejercicio de sus funciones, salvo el caso de que pese sobre ellos el deber de guardar secreto.....”. Nótese que la disposición específica penal señala que se debe denunciar sin demora alguna.



Los auditores en el presente caso respaldaron la denuncia con un informe preliminar, es decir que el informe completo de la auditoría de presupuesto de la Empresa Eléctrica Municipal, para el ejercicio 2015, siguió su curso, dándose la audiencia de discusión de hallazgos en forma posterior. La limitante radica en el Manual de auditoría que dice: “La comunicación de todas las deficiencias detectadas en el proceso de auditoría, deben darse a conocer a las autoridades de la entidad auditada y/o a las personas que intervinieron en el proceso identificado como erróneo, según corresponda, sin importar la acción legal que pudiera provocar en el caso de ser confirmados, a fin de que en el plazo fijado por el equipo de auditoría, presenten los comentarios o en forma escrita y digital, así como la respectiva documentación de soporte, para la evaluación oportuna e inclusión en el informe”. Estos manuales constituyen parte de las normas jurídicas a aplicar por los auditores gubernamentales, derivado que son aprobados por el Señor Contralor General mediante Acuerdo, y son de observancia obligatoria (inciso g) del Artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas.

4.9 Convenio de cooperación interinstitucional

En el tema de la redacción de las denuncias penales, en el año 2015, derivado a la existencia de la política de actos transparentes se incrementaron las denuncias presentadas por los auditores gubernamentales, apareciendo un grupo de estos con el criterio de no otorgar la audiencia de discusión en los procesos de auditoría, por considerar que los actos cometidos podrían encuadrarse en una figura penal, actuación que según ellos le permitía el Artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría de Cuentas, por considerar que al no presentar la denuncia, pudiera

haber persecución penal contra ellos por parte de la CICIG, por estar de moda eficiente actuación de dicho ente en la lucha contra la corrupción, por un lado, por otro se incrementó el trabajo en la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Contraloría de Cuentas, por aumentar en demasía los expedientes para la formulación de denuncias penales, para remediar la situación y al encontrarse las autoridades superiores con dicho extremo, se contrataron abogados con experiencia en el ramo penal, para respaldar la formulación de la denuncia penal en la diferentes direcciones de auditoría. El problema persistió, por lo que al considerarse que las denuncias penales que presenta la Contraloría General de Cuentas, los documentos que las respaldan, principalmente los informes de auditoría, que resulta ser la prueba maestra documental, para ir fomentando la gobernanza, con la finalidad que prevalezca el estado de derecho y no se socave la democracia, se llegó a la determinación de las autoridades superiores tanto del Ministerio Público, como de la Contraloría de Cuentas, para la celebración de Convenio de Cooperación interinstitucional, celebrado el seis de septiembre de dos mil diecisiete, contando como antecedente que el Artículo 88 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que señala la facultad que tiene la Fiscal General de la República de realizar convenios de cooperación con instituciones públicas o privadas, nacionales o extranjeras, para la realización de investigaciones en aquellos asuntos en los que fuere necesario.

Se expresa como objeto de ese Convenio, establecer los mecanismos de coordinación y cooperación entre ambas entidades, a efecto de combatir el flagelo de la corrupción en todos sus ámbitos, a través de la creación e implementación



de una Agencia Fiscal de la Fiscalía Contra la Corrupción en las instalaciones de la sede central de la Contraloría General de Cuentas.

Es importante destacar que dentro del Compromiso del Ministerio Público se encuentra la de "...Facilitar y agilizar el proceso de recepción de denuncias; y atender de manera inmediata las denuncias de posibles delitos de corrupción que presente la Contraloría". Los enlaces técnicos de este Convenio, para el adecuado desarrollo de las actividades, por parte del Ministerio Público se designan al Fiscal de Sección Contra la Corrupción; y por parte de la Contraloría se designa al Director de Auditoría para la Atención de Denuncias.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El objetivo fundamental de la Contraloría General de Cuentas, es dirigir y ejecutar con eficiencia, oportunidad, diligencia y eficacia las acciones de control externo y financiero gubernamental, así como velar por la transparencia de la gestión, promoción de valores éticos y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, los auditores gubernamentales ejercen sus funciones con absoluta independencia. En consecuencia, son responsables de sus actuaciones en la calidad con que ejercen la función fiscalizadora y de control gubernamental.

Los auditores gubernamentales deben ser capaces de identificar la comisión de un posible delito, durante la ejecución de la auditoría a través de la obtención de evidencia suficiente y pertinente, para la presentación de la denuncia penal correspondiente. En conclusión los auditores gubernamentales han presentado varias denuncias penales ante el Ministerio Público, sin haber otorgado a los auditados la audiencia para discusión de hallazgos, con la finalidad de que se desvanezcan con la presentación de pruebas que son la base de formación del informe final de la auditoría; el cual deberá servir en un momento como prueba a la Contraloría General de Cuentas en la Administración 2015-2018 ha emitido varias disposiciones internas y aplicado procedimientos para que se evite esa discrecionalidad del auditor para accionar penalmente sin fundamento, y ha hecho ver que la independencia de la cual se ampara el auditor establecida en el Artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas para desempeñar su función, es claro al indicar que ésta es respecto de los organismos y entidades auditadas y no ante las autoridades de la institución.





BIBLIOGRAFÍA

- ABREU PÁEZ, Víctor, **Corrupción y escándalos financieros**. Ed. Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo- Fondo Editorial, Noviembre 2013.
- BARRIENTOS PELLECCER, César Ricardo, **La etapa intermedia**. Ed. Imprenta fotograbado Llerena, Guatemala 1997.
- CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo VI. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1977.
- CAFFERATA NORES, José I. **La prueba en el proceso penal**. ed. Depalma Buenos Aires Lexis-Nexis Argentina, 4ta. Edición
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario, **Derecho administrativo teoría general y procesal**. 19 ed. actualizada Año 2009.
- COLEGIO DE ABOGADOS Y NOTARIOS DE GUATEMALA, **Revista 62 enero-diciembre 2012**.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, **Derecho penal**. Barcelona: Ed. Bosch, 1971.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Magna Terra Editores, 2015.
- DÍAZ, Roberto, **Manual fundamentos de derecho**. Guatemala, Serviprensa 1977.
- GARCÍA MÁYNEZ, **Introducción al estudio del derecho**. Ed. Porrúa, S.A. Primera Edición 1940.



Manual de la **Contraloría general de cuentas**, (<http://www.contraloria.gob.gt/>).
(Consultado el 15/06/2018).

MINISTERIO PÚBLICO. **Manual del fiscal segunda edición**. Septiembre 2016.

PÉREZ RUIZ, Yolanda. **Para leer valoración de la prueba**. ed. Mirna Mack.
Litografía Art. Color y Texto, S.A. Guatemala 2001

RUIZ CASTILLO DE JUÁREZ, Crista. **Teoría general del proceso**. ed. 14ª.ed. ref
y amp. Guatemala, 2010

Legislación:

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

**Convención Internacional sobre Derechos y Deberes Fundamentales de los
Estados**. Montevideo 1934.

Ley Orgánica del Tribunal y Contraloría de Cuentas. Decreto Número 1,126 del
Congreso de la República de Guatemala.

Reglamento de la Ley de la Contraloría General de Cuentas, Acuerdo
Gubernativo 192-2014

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

Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la Republica de
Guatemala, 1992