

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

**IMPORTANCIA DE TIPIFICAR COMO DELITO LA CORRUPCIÓN PRIVADA EN EL
CÓDIGO PENAL**

VERÓNICA SABELIA ARGUETA MEJÍA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2018

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

**IMPORTANCIA DE TIPIFICAR COMO DELITO LA CORRUPCIÓN PRIVADA
EN EL CÓDIGO PENAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad San Carlos de Guatemala

Por

VERÓNICA SABELIA ARGUETA MEJÍA

Previo a conferirse el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre 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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Domingo Alfredo Ajcú Toc
Vocal:	Licda.	Arely Victoria Zelada Hernández
Secretaria:	Licda.	Alis Julieta Pérez Castillo

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Rodolfo Giovanni Celis López
Vocal:	Lic.	Gamaliel Sentes Luna
Secretario:	Lic.	David Sentes Luna

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



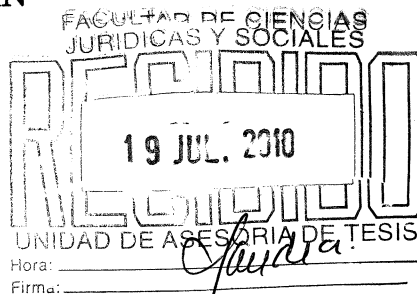
BUFETE JURÍDICO
LIC. VICTOR RAÚL ROCA CHAVARRÍA
4ta. CALLE 4-108 "A" ZONA 3, CHIMALTENANGO
TELÉFONO: 7839- 3906 CELULAR: 5215- 4148



Ciudad de Chimaltenango, catorce de junio de dos mil diez

LICENCIADO MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN

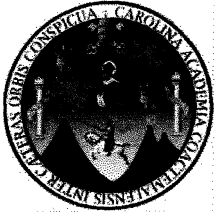
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín:

En cumplimiento del nombramiento emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis a su cargo de fecha cinco de noviembre del año dos mil ocho, procedí a asesorar la investigación de tesis de la estudiante: VERÓNICA SABELIA ARGUETA MEJÍA, con carné número 9440229, cuyo título es: "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA IMPORTANCIA DE DELIMITAR EL ÁMBITO TÍPICO EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA".

- a) La estudiante VERÓNICA SABELIA ARGUETA MEJÍA se dio a la tarea de corregir las sugerencias que se le hicieron a su trabajo de investigación de tesis donde recopila información de autores nacionales e internacionales.
- b) Por tal motivo y virtud considero que tal investigación cumple con suficientes elementos para aportar un valioso y profundo estudio a la legislación guatemalteca, donde actualmente el Estado es el garante de cumplir fehacientemente con las normas jurídicas vigentes como se dio a conocer con los objetivos señalados.
- c) La investigación realizada es de suma importancia para el país, debido a la existencia de una expansión normativa de las negociaciones, para que las mismas sean apegadas a la ley y donde toda persona tenga derechos y obligaciones en su actuar.



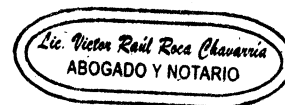
BUFETE JURÍDICO
LIC. VICTOR RAÚL ROCA CHAVARRÍA
4ta. CALLE 4-108 "A" ZONA 3, CHIMALTENANGO
TELÉFONO: 7839- 3906 CELULAR: 5215- 4148

- d) En cuanto a la metodología se puede indicar que el método que se empleó fue el deductivo, ya que se comienza estableciendo las bases de la corrupción privada en general, tomando en cuenta las doctrinas, la historia sobre la competencia y la problemática que se presenta derivada de la misma, hasta llegar a una particularización del caso guatemalteco.
- e) También se llevó un proceso de análisis, con el cual se comprobó la hipótesis formulada en relación a que el delito de corrupción privada no ha sido tipificado en el ordenamiento jurídico.
- f) En cuanto a las técnicas de investigación se utilizó la bibliográfica, puesto que con ella se recopiló la información de libros que hacen referencia al tema expuesto.

La tesis llena los requisitos y exigencias del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que continúe su trámite, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo muy atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"



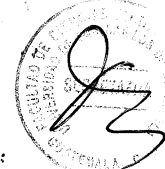
LIC. VICTOR RAÚL ROCA CHAVARRÍA
ABOGADO Y NOTARIO
ASESOR DE TESIS
COLEGIADO 3,863

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



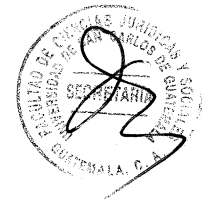
UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinticinco de octubre de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) ELIDA DE LOS ANGELES MANSILLA DE ORTEGA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante VERÓNICA SABELIA ARGUETA MEJÍA, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA IMPORTANCIA DE DELIMITAR EL ÁMBITO TÍPICO EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA".-

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

LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh.



Licda. Elida De Los Angeles Mansilla de Ortega
Abogada y Notaria

Guatemala 25 de julio del año 2016

Licenciado Roberto Fredy Orellana Martínez
Universidad de San Carlos de Guatemala
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Su despacho.



Distinguido Licenciado:

Según resolución extendida por su persona de fecha veinticinco de octubre del año dos mil diez, donde se me faculta para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación de la bachiller Verónica Sabelia Argueta Mejía de su tema intitulado: **"ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA IMPORTANCIA DE DELIMITAR EL ÁMBITO TÍPICO EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA"**, procedí a la revisión estableciendo lo siguiente:

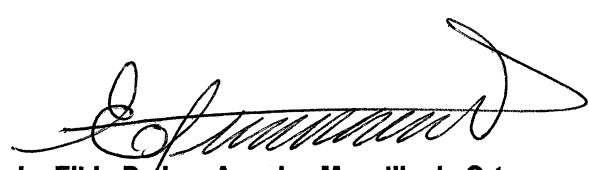
- a) La tesis desarrollada por la sustentante es un aporte científico y técnico y las correcciones sugeridas por mi persona tanto de forma como de fondo fueron aceptadas e incorporadas al trabajo realizado y entre las mismas se cambió el título de la tesis quedando de la siguiente forma: **"IMPORTANCIA DE TIPIFICAR COMO DELITO LA CORRUPCIÓN PRIVADA EN EL CÓDIGO PENAL"**.
- b) Se observa claramente que la autora de la tesis utilizó una bibliografía adecuada, así como empleó un lenguaje adecuado, siendo el desarrollo de sus capítulos de útil consulta para la ciudadanía guatemalteca. Los objetivos formulados dieron a conocer los problemas que genera la corrupción privada en el país.
- c) Los métodos de investigación analítico, sintético, histórico, inductivo y deductivo y las técnicas documental y bibliográfica que se emplearon en la realización del trabajo de investigación, fueron acordes y se adaptan perfectamente a los cuatro capítulos.
- c) La tesis llena los perfiles requeridos ya que aporta un valioso estudio y comprueba la hipótesis que se formuló dando a conocer la importancia jurídica de tipificar el delito de corrupción privada en el Código Penal.
- d) Las conclusiones y recomendaciones se redactaron de manera clara y sencilla, además tienen relación con el contenido capitular y con las citas bibliográficas y dan a conocer que la regulación jurídica del delito de corrupción privada es el medio idóneo para sancionar a los responsables de actuaciones ilícitas.

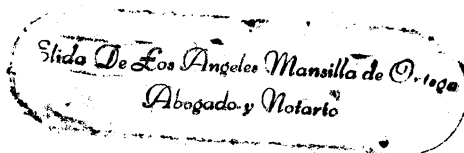


Licda. Elida De Los Angeles Mansilla de Ortega
Abogada y Notaria

El trabajo de tesis de la sustentante cumple de manera eficaz con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que **DICTAMINO FAVORABLEMENTE** para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.


Licda. Elida De Los Angeles Mansilla de Ortega
Revisora de Tesis
Colegiada 3,862





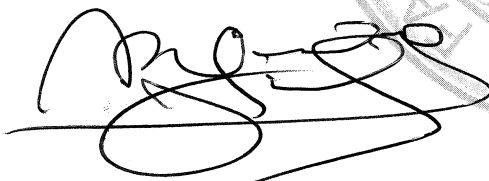
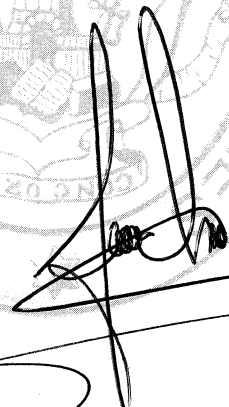
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

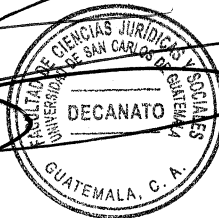
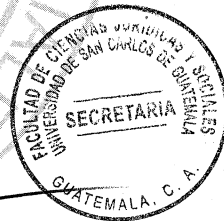


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 07 de septiembre de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante VERÓNICA SABELIA ARGUETA MEJÍA, titulado IMPORTANCIA DE TIPIFICAR COMO DELITO LA CORRUPCIÓN PRIVADA EN EL CÓDIGO PENAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.



DEDICATORIA

A DIOS:

Por darme la vida, sabiduría e inteligencia para culminar un sueño tan anhelado, que gracias a su infinito amor y misericordia lo he alcanzado.

A MIS PADRES:

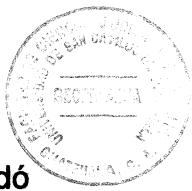
José León Argueta Mejía (+), quien ya descansa en los brazos de nuestro Padre eterno, y que desde el cielo sé que comparte este triunfo de mi vida, a mi mamá Juana Edy Mejía Noguera, por su gran amor, sacrificio y esfuerzo, por su ejemplo de lucha, de perseverancia y por sus sabios consejos.

A MIS HERMANOS:

Por su amor y apoyo incondicional en todo momento.

A MIS HIJOS:

Adriana Lucia y José Santiago, quienes han sido el motor que me ha impulsado a culminar esta faceta de mi vida, a ustedes mis amores se los dedico para que les sirva de ejemplo en su vida profesional.



A BYRON:

Por motivarme y darme el apoyo que me ayudó
a enfocarme para hacer realidad este sueño
tan anhelado, gracias mi amor.

A:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de
Guatemala, por abrirme las puertas de estudio y
la oportunidad de culminar mi carrera

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
por el conocimiento brindado en las diferentes
áreas impartidas.

A USTED:

A quien participo de esta alegría.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Antecedentes del derecho penal.....	1
1.1. Egipto.....	1
1.2. China.....	1
1.3. Mesopotamia.....	2
1.4. Derecho hebreo.....	2
1.5. Derecho romano.....	3
1.6. Edad Media.....	5
1.7. Edad Moderna.....	8
1.8. Evolución a partir del siglo XVIII.....	9
1.9. Escuela clásica.....	12
1.10. Escuela positiva.....	15
1.11. Escuelas eclécticas.....	17
1.12. Etapas del derecho penal.....	18
1.13. Historia del derecho penal en Guatemala.....	20
1.14. Codificación penal guatemalteca.....	23

CAPÍTULO II

2. Derecho penal y corrupción.....	29
------------------------------------	----



	Pág.
2.1. Concepto de derecho penal.....	30
2.2. Situación normativa en Guatemala.....	33
2.3. Bien jurídico penal.....	34
2.4. Bien jurídico penal tutelado en los delitos contra la administración.....	36
2.5. Conceptualización de funcionario público.....	38
2.6. Delitos contra la administración pública.....	38
2.7. Sistemática del derecho penal de corrupción.....	41
2.8. Cohecho activo y pasivo en la economía privada.....	42
2.9. Acuerdos ilícitos limitativos.....	43
2.10. Derecho penal y servicios públicos.....	44
2.11. Tipos penales generales.....	45

CAPÍTULO III

3. La corrupción en Guatemala.....	47
3.1. Conceptualización.....	48
3.2. Causas.....	50
3.3. Efectos.....	51
3.4. Conflictividad, investigación y auditoría.....	53
3.5. El enjuiciamiento.....	54
3.6. La integridad pública.....	55
3.7. Transparencia y rendición de cuentas.....	57
3.8. Corrupción y falta de confianza.....	60



Pág.

3.9. Responsabilidad, integridad y transparencia.....	61
3.10. Factores de corrupción.....	62
3.11. Combate a la corrupción.....	63

CAPÍTULO IV

4. La importancia de tipificar la corrupción privada como delito en el Código Penal.....	65
3.12. Conceptualización.....	65
3.13. Bien jurídico.....	66
3.14. Circunstancias de atenuación y agravación.....	68
3.15. El fenómeno de la corrupción privada.....	74
3.16. La corrupción privada y los comportamientos desleales.....	74
4.6. Modelo de propuesta de reforma por adición del Artículo 439 Bis al Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.....	79
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87



INTRODUCCIÓN

Se seleccionó el tema importancia de tipificar como delito la corrupción privada en el Código Penal vigente y se estableció la necesidad de regular jurídicamente el mismo para sancionar a los infractores. Al lado de la mundialización, durante los últimos años se han expandido las relaciones comerciales de bienes y servicios, motivo por el cual la corrupción privada estatal ha dejado de ser un problema interno, para transformarse en un problema también de orden internacional, que se puede abordar de manera eficiente a través de una actuación conjunta con los distintos países del mundo.

Con los objetivos de la tesis, se indicó que tienen que ser promulgadas normas jurídicas con la finalidad de crear un marco de gobernanza de carácter empresarial moderno, eficiente y comprometido con prácticas adecuadas, esencialmente encaminadas hacia lo que se toma en consideración como deficiencias que facilitan la comisión de delitos de corrupción entre particulares, especialmente en cuanto a la insuficiente implicación referente a los accionistas en el control empresarial

Con la corrupción privada se busca la exigencia de una ventaja pidiendo o recibiendo de manera directa o indirecta a través de un intermediario, de manera indebida una ventaja de cualquier índole, o aceptando una promesa para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones que benefician al sector privado, a cambio de la abstención de un acto sin cumplir con las funciones y obligaciones establecidas. La misma, es un problema para la sociedad guatemalteca y el mismo tiene que encontrar una solución desde diversas perspectivas y empleando sanciones a los infractores. Los organismos internacionales se han encargado de la creación de reglas para el efectivo combate de esa clase de corrupción.

La actuación estatal y de la sociedad guatemalteca en la lucha contra el flagelo de la corrupción privada, busca la obtención de avances de importancia, requiriendo para el efecto de que se lleven a cabo actuaciones de prevención y sancionatorias. En dicho sentido, el combate a esa clase de corrupción tiene que llevarse a cabo desde el ámbito



del derecho penal, como administrativo y del derecho privado, debido a que la responsabilidad de los administradores es necesaria y pertinente, además que puede proporcionar los instrumentos eficientes para el combate a la corrupción.

La hipótesis que se formuló se comprobó y dio a conocer que es de especial relevancia la normativa penal que tipifique el delito de corrupción privada y en dicho sentido las diversas iniciativas de derecho tienen que hacer el debido énfasis en la necesidad del establecimiento de tipos penales que sancionen dicho tipo de actuaciones antijurídicas. El delito de corrupción privada es referente a conductas antijurídicas que se desarrollan en el ámbito estrictamente privado, en el cual no existe una relación objetiva ni mucho menos subjetiva con la causa pública. Además, ningún implicado reúne la condición de funcionario público, ni muchos menos custodia o tiene a su cargo la gestión de fondos públicos.

Una conducta de corrupción privada no únicamente atenta contra el interés particular de determinados comerciantes, sino que se resguarda intereses generales de mantenimiento del sistema de libre competencia.

La división capitular fue la siguiente: el primer capítulo, indicó los antecedentes del derecho penal; el segundo capítulo, señaló el derecho penal y corrupción; el tercer capítulo, dio a conocer la corrupción en Guatemala; y el cuarto capítulo, analizó la importancia de tipificar el delito de corrupción privada en el Código Penal. Los métodos de investigación que se emplearon fueron el analítico, sintético, descriptivo e inductivo. Las técnicas de investigación utilizadas fueron el fichaje y documental. La reforma del derecho penal y tipificación del delito de corrupción privada permite una lucha efectiva contra la corrupción en la economía privada, siendo los tipos penales generales los que acompañan los tipos especiales y completan adecuadamente la protección proporcionada. Pero, los instrumentos anticorrupción presentan algunos puntos bastante débiles como lo son la necesidad de esclarecer la terminología referente a los funcionarios y la división de la competencia para la instrucción y sanción de acuerdos de subasta.



CAPÍTULO I

1. Antecedentes del derecho penal

Es fundamental el análisis y estudio del derecho penal desde sus comienzos, así como su evolución hasta llegar a la actualidad, tomando para el efecto la codificación que ha presentado.

1.1. Egipto

En Egipto se establecieron Decretos, los cuales contenían normas jurídicas legales y jurisprudenciales, en donde lo que se buscó era contrarrestar la anarquía que era vivida en dicha época. Después, fue promulgado el Decreto de Horemhed, el cual indicaba la posibilidad de promoción de un juicio criminal que iba en contra de los funcionarios corruptos, siendo ello la inspiración de la emisión del Código Mosaico.

1.2. China

“En cuanto al derecho penal, en China se promulgó el Código de Cinco Penas, en el cual se llevó a cabo una recopilación de las sanciones sagradas que debían ser cumplidas en el ámbito terrenal y seguían hasta después de la muerte. En su derecho sancionador fue predominante la venganza privada y la Ley de Talión. Sus cinco penas como finalidad tenían la purificación y ejemplaridad y dentro de las mismas estaba la pena de muerte, la amputación de las orejas y nariz, obturación de los orificios



pertenecientes al cuerpo y las incisiones en los ojos, especialmente cuando se cometían delitos de estupro, homicidio, hurtos, estafas y lesiones”.¹

1.3. Mesopotamia

El Oriente Medio como también se le denomina, consiste en la cuna de la civilización desde tiempos inmemoriales de la humanidad y el mismo ha sufrido hasta el día de hoy distintos factores tanto económicos como políticos. Fue en dicha región, en la que se han plasmado las bases de lo que en la actualidad se conoce como Código de Leyes. Además, se caracteriza por una variedad de historia que es dividida en tres apartados que son: Renacimiento Sumerio, Dinastías e Imperio de Babilonia.

El Código de Hammurabi fue promulgado en Babilonia y es una compilación de normas jurídicas que fueron propiciadas por el Rey de Babilonia y es tomado en cuenta como uno de los códigos de mayor antigüedad de la historia.

1.4. Derecho hebreo

Se fundamenta en normas de orden consuetudinario y religioso con base en pactos religiosos. En dichas reglas jurídicas, se establecieron las normas de origen divino y de derecho natural, debido a que se fundamentan en la creencia que son dictadas de manera directa por el creador para su pueblo, y por ende consisten en ordenanzas divinas y son el núcleo auténtico de la fe hebrea.

¹ Gálvez Medina, Carlos Daniel. **Historia del derecho penal**. Pág. 67.



Dentro del sistema de justicia, para los casos que sean comunes, se tenía la obligación de entregar las facultades jurisdiccionales al consejo de ancianos, mientras que en los casos con una mayor complejidad y excepcionales a Moisés. En dicha legislación mosaica se estableció un límite sustancial a la venganza privada, al ser establecida una proporcionalidad entre el daño producido y el castigo que era merecido, consagrándose para el efecto la frase del ojo por ojo, diente por diente.

“En algunos delitos, como aquellos que lesionaban la libertad y la vida, se contemplaba claramente la pena de muerte, mientras que en el resto de los delitos que afectaban la integridad física de las personas, como las lesiones, la sanción era de carácter pecuniaria, de igual forma sucedía con los delitos de robo, hurto y estafa, cuya sanción era de carácter pecuniario y de indemnización”.²

1.5. Derecho romano

Es la fuente de importancia hasta la actualidad y un gran instrumento jurídico. Probablemente el de mayor relevancia y que ha sido ostentado por el derecho romano, ha sido el denominado la Ley de las XII Tabas, la cual contenía una recopilación de usos y costumbres vigentes de la época.

Dentro de los preceptos que establecía el ordenamiento jurídico se encontraban los del derecho penal, los cuales estaban encuadrados dentro del derecho privado, debido a

² Bustos Ramírez, Juan José. **Derecho penal**. Pág. 50.



que fundamentalmente se les dejaba la facultad de persecución de justicia penal en cuanto a la víctima o a su familia.

“En el derecho penal de Roma, se encontraban vigentes dos principios que estaban inmersos en las XII Tablas. De acuerdo con ello, es de importancia indicar que se establece el fundamento para alcanzar un arreglo y sobre todo un cambio de sanción para el ofensor, debido a que al encontrarse regulada la composición y al conocer que el derecho penal era marcadamente un derecho privado, se puede deducir que es permisible la sustitución o el reemplazo de una sanción del Talión, por otra que no conllevara dicho objetivo y que fuera más humana y benevolente”.³

En los casos que fueran menos graves, el culpable podía llegar a liberarse de la sanción correspondiente a través del ofrecimiento de un sacrificio a los dioses. En la época de la República únicamente se concentraban como delitos de orden privado los más leves. El derecho penal romano inició a fundarse en el interés estatal, reafirmandose con ello su carácter público, en donde los tribunales llevaban a cabo sus actuaciones a través de la delegación del emperador. Eran conocidos los delitos de comisión, omisión, permanentes e instantáneos.

El autor del delito era aquella persona capaz, madura y sana de mente y únicamente responsable del delito doloso y no del culposos. No se prevé de ninguna manera el dolo eventual y se estableció la autoría de coautores. Se aplicaban las penas de carácter resarcitorio y la confiscación total o parcial de los bienes y uno de los grandes estudios

³ Gálvez. Ob.Cit. Pág. 34.



del derecho en mención fue el referente a que el derecho penal romano comenzó en el momento en que la ley del Estado puso limitaciones al arbitrio del depositario del poder penal, o sea del juez de sentencia.

1.6. Edad Media

“Durante la Edad Media, la ejecución de la pena se caracterizó por el predominio de la pena pecuniaria, la pena corporal y la pena de muerte, hasta después llegar a la pena de prisión. En un primer período conocido con el nombre de Alta Edad Media, se logró la determinación que existía un abundante mercado laboral y poca mano de obra”.⁴

El sistema feudal era el imperante y el ojo por ojo, diente por diente, era constitutivo de un lujo punitivo ante la inexistencia de personal para laborar, cuya injerencia económica de dicha etapa fue la que se encargó de la determinación de su atenuación, y por ello y a consecuencia de lo anotado las penas fueron convertidas en penas de carácter económico.

Debido a ello, se tenía que asegurar que la preservación del orden y de la seguridad era constitutivo de la preocupación primordial del derecho penal qué como resultado de los métodos de arbitraje privado, se tenían que ejecutar de forma exclusiva a través de la imposición de penas pecuniarias. Con ello, se puede indicar que la pena económica o dineraria limitaba que las fuerzas laborales fueran eliminadas por la pena de muerte o por la Ley de Talión. Por dicho motivo, los señores feudales promulgaron dicha clase

⁴ Martínez Ibarra, Ubaldo Alexander. **Derecho penal**. Pág. 20.



de sanción para su misma conveniencia debido al desarrollo económico y por el escaso mercado de trabajo de esta fase.

En cuanto al segundo período de esta época, que se denomina Baja Edad Media, se caracterizó al desaparecer la alta economía con la cual se contaba con anterioridad y que se presentó con una elevada mano de obra. Como consecuencia de ello, se dio el fenómeno referente a que los campesinos se alejaban de la explotación a la cual eran sometidos por los señores feudales.

En esta parte de la Edad Media, la sociedad inició a percibir intranquilidad y a la vez inició a representar un peligro para la autoridad y por ende se decía que de dichas personas ya no se esperaba nada y la justicia penal se encontró debilitada por la aplicación de las penas pecuniarias y corporales.

Debido a ello, se comenzó con la aplicación de la pena de muerte y con la tortura, las cuales reinaron en dicha época, debido a que se recomendaba la venganza, intimidación y aniquilamiento de los delincuentes.

El proceso penal se llevaba a cabo de oficio y los procesados no contaban con protección y seguridad legal alguna, ya que eran sencillamente objetos del proceso, únicamente destinados a la aportación de los medios de prueba contra sí mismo, y en caso de que se resistieran a ello o inclusive de que buscaran defenderse, lo único que les esperaba era la tortura. Cuando se aplicaba la sustitución de la pena de muerte por el exilio a una persona de escasos recursos económicos, el mismo se retiraba de la



población para dirigirse a otra en la cual por lo general fallecía, mientras tanto a las personas con suficientes recursos económicos se les tenía que aplicar el exilio, el cual por lo general aprovechaban para ir de vacaciones.

En dicha época, en relación al derecho español, se estableció en el período del derecho Visigodo, en el que se encuentra el Fuero Juzgo, que el motivo del castigo se encontraba esencialmente en la deslealtad hacia el señor al que también se encontraban sometidos los jueces.

“De conformidad iba avanzando la Edad Media, cuando el Estado comenzó a hacerse camino como una entidad con sustantividad auténtica, el fundamento del castigo se encontró principalmente en la deslealtad e infidelidad hacia la persona del Rey, al que todos se encontraban bajo sometimiento”.⁵

El Fuero Juzgo es referente al cuerpo de normas jurídicas que fueron elaboradas en Castilla por Fernando III, siendo la traducción literal del *liber iudiciorum*. El mismo, era aplicado como derecho municipal en los territorios de Castilla con la finalidad de reconquistar a los reinos musulmanes y tuvo vigencia hasta la creación del derecho civil español a finales del siglo XIX.

“En relación a la normativa del *liber iudiciorum*, el mismo apareció formando el cuerpo de leyes del visigodo por el Rey Recesvinto. También, es conocido como Código de Recesvinto y dicho conjunto de normas fue traducido del latín al castellano. La

⁵ Ibid. Pág. 29.



regulación en las Partidas de Alfonso X el Sabio, se caracteriza durante el reinado, debido a que tuvo como finalidad la unificación de la regulación jurídica del reino. Durante la séptima partida, se estipula una regulación estrictamente penal y procesal penal de carácter inquisitivo”.⁶

La finalidad de la pena consiste en el castigo por el hecho cometido y la prevención general para que la sociedad se limite a volver a cometer dichos delitos. Sus penas principales indicadas eran la pena de muerte, la pérdida de un miembro, el trabajo perpetuo, el destierro, prisión perpetua, azotes y la desnudez pública. Dichas partidas, tuvieron incidencia en las codificaciones de la América conquistada.

1.7. Edad Moderna

Después apareció la Edad Moderna o mercantilismo, en donde fue producida la expansión del comercio mediante la colonización americana, lo cual motivó un acercamiento comercial.

En dicha época, apareció la necesidad de contar con una mayor calidad de mano de obra, lo cual trajo como consecuencia la conservación del delincuente, evitando con ello su eliminación ocasionada por la pena de muerte y por las penas corporales.

Debido a ello, fue que surgieron las penas privativas de libertad, en donde el condenado cumplía su pena en una penitenciaría como esclavo para trabajar de

⁶ Pesce Lavaggi, Eduardo Andrés. **Derecho penal**. Pág. 90.



manera forzada. En dicho período, se dedujo que era mayormente rentable la penitenciaria que la eliminación física del sujeto. Por su parte, la nueva política legislativa encaminada hacia la mendicidad consistió en una expresión directa de la nueva política económica. Con la ayuda del aparato legislativo y administrativo, el Estado se encargó de emplear los contingentes de fuerza de trabajo que encontró a su disposición para poder proseguir con sus finalidades.

Con ello, se hizo referencia a la reacción motivada por la falta de mano de obra, la cual se encaminó a quienes eran efectivamente capaces de poder trabajar, para así obligarlos. Debido a lo anotado, aparecieron las casas correccionales y la pena de galeras, con las cuales se indicaban finalidades esencialmente económicas, debido a que se tenía pensado, que dichas penas a largo plazo eran el resultado de la ejecución de la pena de muerte y a la vez que eran poco productivas.

1.8. Evolución a partir del siglo XVIII

El Iluminismo apareció a mediados del siglo XVIII, el cual permitió el descubrimiento de la pena de prisión como una medida justa y racional, dejando por un lado la utilidad de carácter económico que representaban las casas de corrección y las penas rigurosas e infamantes que habían perdurado.

En esta etapa se dedujo la necesidad de mitigar las penas, proporcionando para el efecto un mayor respeto a los derechos del ser humano y velar por el cumplimiento de las correspondientes garantías en la administración de justicia.



Los principales impulsores del período de la Ilustración fueron:

- a) Locke: en su obra *Tratados sobre el gobierno civil*, destaca que el poder se encuentra para llevar a cabo una finalidad referente a salvaguardar los derechos naturales como lo son la vida, libertad y propiedad.
- b) Montesquieu: en su obra *Espíritu de las leyes*, se distinguen entre los gobiernos moderados y aquellos que no lo son. Señala que los moderados son quienes llevan a cabo la división de los poderes, debido a que el poder es tendiente al abuso e indica que la falta de poder tiene que frenarse por otro.

“El Estado se divide en tres órganos que son el legislativo, ejecutivo y judicial. El juez es el encargado de la pronunciación de las palabras legales y los otros dos órganos existentes llevan a cabo un control mutuo, motivo por el cual se indica que la ley procura seguridad y ésta última libertad e igualdad”.⁷

- c) Rousseau: en su obra *Contrato social*, expone lo relacionado con la autonomía de la voluntad general que le separa de la voluntad particular.

Con el contrato en mención, existe el derecho de tener participación en las decisiones que sean tomadas, siendo una obligación básica someterse a la voluntad general que se toma en consideración a través de la voluntad de la mayoría de ciudadanos y ciudadanas.

⁷ Ibid. Pág. 102.



Con el mismo, la voluntad general es la voluntad de todos y debido a razones bien prácticas se tiene que acudir a la democracia. Con ella, se busca alcanzar la justicia y el interés común, debido a que el interés social de la comunidad el que deriva de la utilidad pública.

- d) Voltaire: con su obra Tratado de la tolerancia, lleva a cabo una crítica al sector justicia y deriva de un caso que se observa en la obra anotada, en donde un joven es ejecutado debido a proferir una serie de ofensas a una imagen y a ello se le otorgó el calificativo de asesinato de la espada a la justicia.
- e) César Bonessana: también llamado el Marqués de Beccaria con su obra denominada De los delitos y las penas, la cual significó la revolución en el ámbito penal en donde se proclaman la humanidad de las penas, además de garantías individuales en el procedimiento penal y por ello se le puede denominar el auténtico reformador de las leyes procesales.

Con el Pacto Social se sacrificó un poco la libertad individual para posteriormente trasladarla al soberano, quien era el legítimo administrador y depositario. Únicamente las leyes eran las que podían decretar penas y no los magistrados de conformidad con el principio de legalidad penal.

Las leyes tenían que ser claras y debidamente fundamentadas en la taxatividad de la ley penal. Las mismas tenían que ser proporcionales al delito, para un estudio claro del daño a la sociedad. La finalidad de la pena no consistía en el



sometimiento al suplicio, ni en deshacer un delito que ya hubiere sido cometido, sino en impedir la reincidencia. También, es oportuno señalar que existía una gran confusión e incertidumbre legal de normas jurídicas y de una excesiva interpretación con una atrocidad criminal, que se reflejaba claramente en abusos que llegaban a un nivel bien elevado de injusticia y de barbaridades inhumanas. Pero, a partir de dicho siglo se inició una gran revolución en contra de dichos acontecimientos denigrantes que puso en duda la legitimidad de las acciones de carácter social frente a los derechos del ser humano.

“Ello, de acuerdo a los analistas más prometedores que han señalado que es a finales del siglo XVII en donde apareció la conciencia humanitaria, que vino a destruir todo el monumento de las antiguas instituciones de la Revolución Francesa, dando paso con ello a la reconstrucción de los nuevos principios y fundamentos de una vida social y humanitaria”.⁸

En dicha etapa referente a la Ilustración, aparecen los pilares de la Escuela clásica del derecho penal que son la legalidad, humanismo e individualismo existentes.

1.9. Escuela clásica

La escuela clásica siguió la corriente filosófica y jurídica de la Revolución Francesa y como consecuencia reaccionó ante los excesos punitivos de la justicia penal de la Edad

⁸ Martínez. Ob.Cit. Pág. 89.



Media, en donde se perfila en cuanto a la pena como la consecuencia única referente al delito, señalando que la finalidad principal consiste en el restablecimiento del orden externo de la sociedad.

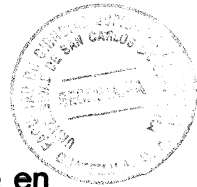
Con esta escuela se presenta la característica esencial en cuanto a la pena que sigue una función completamente de retribución, respondiendo al delito con una pena proporcionada y justa.

La misma, se encarga de la legitimación del derecho penal a través de la idea referente a la justicia, adscribiéndose a las llamadas teorías absolutas de la pena con el apoyo de la filosofía del idealismo germánico.

Por ello, la pena se constituyó como una retribución o compensación de la culpabilidad al mandato de la justicia, resultando irrelevante para ello en relación a su fundamentación en cuanto a los posibles efectos que puedan llegar a producirse para el futuro.

Las teorías absolutas no cuentan con una finalidad concreta, más que la de retribución del daño ocasionado y por ello se les ha conocido como proporción, debido a que la pena no consistía más que en una recompensa.

La pena consiste en una retribución de orden ético justificada por el valor moral de la legislación penal, que cuenta con un imperativo categórico, sin la necesidad de pensar en utilidad social alguna. A pesar de que la sociedad civil con todos sus integrantes



acuerde disolverse, tiene que ejecutar sus actuaciones antes de que se encuentre en prisión.

La pena consiste en una retribución jurídica debidamente justificada, debido a la necesidad de reparación del derecho como voluntad general, con una violencia adversa al orden legal que haya sido quebrantado por el delito de voluntad particular al cual se haga referencia.

Las características fundamentales de las teorías absolutas son las siguientes:

- 1) Se concibe la pena como fin en sí mismo, ya sea como castigo, corresponsabilidad, reacción, reparación o sencillamente como retribución del delito.
- 2) La pena encuentra su justificación debido a su intrínseco valor axiológico, como un deber ser o metajurídico que posee en sí mismo fundamento.
- 3) Se toma en consideración que es justicia la cancelación del mal con otro mal. La concepción absoluta del castigo penal es proveniente de la antigua *vendeta* que consiste en un precepto de orden divino de la tradición hebrea. Además, también se presenta la expiación y el equilibrio entre la pena y el delito.

Entre las características de la escuela clásica cabe hacer mención de las que a continuación se indican:



- a) El método utilizado se encuentra fundamentado en la razón.
- b) La imputabilidad de un hecho se fundamenta en el libre albedrío de la persona, para de esa manera poder libremente elegir su conducta.
- c) El delito consiste en un ente jurídico y no en uno de hecho.
- d) La pena constituye una consecuencia jurídica del delito y consecuentemente un mal para el sujeto que cometió el hecho delictivo, siendo su finalidad la corrección de la tutela legal.

1.10. Escuela positiva

Como respuesta adversa a los postulados referentes a la escuela clásica apareció la escuela positiva, la cual tomo en consideración a la pena como un medio de defensa social y no como un castigo.

La misma, concibe a las sanciones dentro del marco de las teorías relativas y como un instrumento socialmente útil.

El positivismo criminológico frente a la escuela clásica es el que lleva a cabo la determinación de que los seres humanos no son libres para poder llevar a cabo una determinación frente a las normas jurídicas en relación a la formación de los sujetos que actúan frente a una serie de factores sociales, psíquicos y antropológicos y por



ende la pena tiene que partir de la responsabilidad social y del grado de peligrosidad del agente.

“Se emplearon como métodos el de la observación, experiencia e inducción. Este método de corte positiva, surgió con el Renacimiento y se aplicó en las distintas ciencias físicas, sin oposición alguna”.⁹

Las causas del delito se tenían que buscar en determinadas características corporales y hereditarias a las personas, creando para el efecto la antropología criminal que se encarga del estudio de la delincuencia.

La retribución no consistía en el remedio que necesitaba la sociedad, debido a que su efecto es negativo, debido a que lo que consigue es evitar las consecuencias de la impunidad, pero jamás evita la repetición de esos hechos delictivos y por ello es necesaria la realización de un esfuerzo de tipo moral a través de la sociología y psicología, para que dichas medidas de prevención se presenten como soluciones de ataque a los factores sociales que tienen incidencia a la criminalidad.

Esas medidas que se denominan sustitutivos penales cuentan con un fuerte poder de prevención del delito y por ello vienen a sustituir a las penas ya que estas últimas no logran evitar los hechos ilícitos. Dentro de los sustitutivos penales se encuentra la libertad de comercio, la cual evita el alza normal de los precios de las especies alimenticias, con lo cual se previenen considerablemente agitaciones criminales.

⁹ **Ibid.** Pág. 102.



Las características de la escuela positiva son las que a continuación se indican:

- a) El método esencial se fundamenta en la experimentación.
- b) La imputabilidad se basa en la responsabilidad social.
- c) El delito consiste en un fenómeno social y natural que es producido por el hombre.
- d) La pena no es referente a un castigo, sino que consiste en el medio de la defensa social.

1.11. Escuelas eclécticas

Las escuelas tomaron como fundamento los argumentos de las escuelas clásica y positiva, de donde se abstrajeron y unificaron los postulados de cada una de ellas.

Dentro de las mismas es de importancia hacer mención de las siguientes:

- a) Correccionalista: en la cual se llevó a cabo la identificación referente a la conexión moral de la pena en el delito.
- b) Escuela Terza: estableció que el Estado es quien tiene la obligación de la reforma social.



- c) Sociológica: dio a conocer que el delito consiste en un fenómeno natural y al mismo se le tiene que reconocer como entidad legal.
- d) Técnico-jurídica: se encargó del establecimiento de que el derecho penal es referente a la interpretación del derecho positivo.
- e) Dualista: llevó a cabo la estipulación de la necesidad de dos derechos penales, el primero de carácter preventivo con las medidas de seguridad; y otro retributivo, en cuanto a la pena.
- f) Penal humanista: es el que indica que todo aquello que transgreda y que viole los sentimientos morales es delito.
- g) Idealismo activista: se fundamenta en que la punición hace la diferencia entre los responsables y quienes no lo son.

1.12. Etapas del derecho penal

El derecho penal ha ido evolucionando con el devenir histórico, siendo las etapas referentes a ello las que a continuación se apuntan:

- a) Época de la venganza privada: es la etapa de la humanidad en la cual al no existir un ente responsable para que lleve a cabo la administración de justicia, la

persona que padecía un daño tenía el derecho de ejercer venganza y ocasionarle daño a la persona que le causó la agresión.

La venganza privada fue limitándose al aparecer la Ley de Talión y la composición.

Dicha ley es equivalente a una venganza privada, pero es proporcional al daño que haya sido ocasionado, mientras que la composición es referente a la facultad con la cual se cuenta de modificar el castigo por otro de distinta naturaleza.

- b) Época de la venganza divina: con una sociedad mayormente evolucionada se produce un cambio en la administración de justicia penal, en donde la Iglesia mediante la divinidad juzgaba ya aplicaba las penas.
- c) Época de la venganza pública: de acuerdo a la transformación y evolución de la sociedad, se van fortaleciendo los Estados y con ello el derecho de sancionar las conductas criminales.

“Los Estados comienzan a reclamar la facultad de sancionar con el argumento que todo daño o delito que se haya cometido no únicamente ha ofendido a las personas, a la divinidad, sino que también al mismo Estado, tal y como se indica al establecer un nuevo sistema de represión”.¹⁰

¹⁰ Berdugo Gómez de la Torre, José Ignacio. **Curso de derecho penal**. Pág. 50.

- d) **Época humanitaria:** durante la época anterior, se podían determinar los castigos crueles e inhumanos mediante el método inquisitivo.

En dicha época, aparecen valiosos pensadores de la Ilustración, quienes en materia penal consistían en los grandes responsables del establecimiento de principios y garantías que en la actualidad no se sustentan.

- e) **Época científica:** dicha época fue la que se desarrolló con fundamento en la aparecimiento y serios enfrentamientos de los postulados y doctrinas acontecidas en las diversas escuelas penales, que aparecieron desde la escuela clásica, la escuela positiva y las intermedias.
- f) **Época moderna:** en relación al tratamiento del delito y a los fines del derecho penal, ha sido permanente la discusión referente a lo que indican los causalistas, los finalistas y funcionalistas, así como otros de diversas corrientes doctrinarias, en relación a los aspectos que se destacan con el estudio del derecho penal.

1.13. Historia del derecho penal en Guatemala

Es bastante difícil garantizar la historia del derecho penal en Guatemala durante los períodos anteriores a la conquista hispana, debido a la destrucción que generó la invasión y conquista de los españoles, habiendo sido ellos mismos quienes quemaron y destruyeron los códigos existentes, pergaminos y cualquier elemento indispensable para el conocimiento de la cultura maya.



- a) **Época colonial:** el fundamento del derecho penal guatemalteco durante la época colonial fue tomado en consideración del marco jurídico español. Las principales normas españolas que estuvieron vigentes en el territorio en la época colonial fueron la nueva recopilación del Rey Felipe II, que encuentra su fundamento en las leyes de toro con carácter general.

En dicha nueva recopilación se estableció claramente la pena de muerte, las penas corporales, el destierro y las pecuniarias. Además, se contemplaba cualquier forma de ejecución de la pena de muerte, a excepción de la lapidación y crucifixión.

El derecho indiano era evangelizador, casuístico, asistemático, motivador de la protección del aborigen, fundamentado en el principio de personalidad del derecho y moralista.

- b) **Época independiente y post-independiente:** con la independencia de Centroamérica, se constituyó la primera Constitución del istmo, integrada por Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica. La misma, estuvo inspirada en la norteamericana y en la de Cádiz.

Durante la época independiente tal y como sucede con el resto de Repúblicas de América Latina con la independencia se presentaron dos grandes partidos que fueron el liberal y el de los conservadores, que marcaron en gran medida la legislación guatemalteca especialmente en el ramo penal.

Los liberales contemplaban como objetivo primordial el abandono de toda aquella legislación colonial e instaron a un nuevo sistema legal para Guatemala.

Debido a ello, con su poder los liberales se encargaron de promover reformas a la ley penal y procesal penal mediante el Código de Livingston. Su finalidad consistía en erradicar las leyes coloniales para el país y reformas de avanzada para la época.

Después con la caída de los liberales, se suspendió la vigencia de dicho código y se regresó a las normas coloniales, las cuales consistían en un complejo conjunto de difícil aplicación.

“Los conservadores tomaron el control del país e instaron a la suspensión y derogación de normas impuestas por los liberales. Se impulsó el control religioso y se decretó la religión oficial, impulsando para el efecto una aplicación mixta de las normas españolas y de las indianas, en donde se decretó la vigencia al país de la recopilación de las leyes de las indias, las cuales se encargaban de favorecer a los nativos”.¹¹

Con el triunfo de los liberales se promulgó una diversidad de normas jurídicas de carácter liberal, en contra de las normas coloniales y mixtas que imperaban en el país.

¹¹ Ibid. Pág.110.



1.14. Codificación penal guatemalteca

El devenir histórico de la codificación penal guatemalteca, data de cinco códigos penales que se han encontrado vigentes desde la época post-independiente hasta la actualidad.

- a) Código Penal de Livingston: con la llegada de los liberales al poder, se comenzó una etapa de modificación de las normas y leyes impuestas por los conservadores, estableciéndose la necesidad de cambiar la legislación penal.

En dicha época, se indicaba que las normas de los conservadores eran dispuestas a través de la corona española, y consecuentemente se necesitaba contar con cambios drásticos.

“En relación al Código Penal de Livingston se dividió en dos libros: el primero, referente a las disposiciones generales, procedimientos y juicios, así como a los responsables de hechos ilícitos y demás lineamientos generales; el segundo, defensorio de los delitos y determinante de las penas”.¹²

- b) Código Penal de 1877: cuando los liberales asumieron el poder especialmente durante el gobierno de Justo Rufino Barrios, se planteó y promulgó el segundo código de la República, el cual entró en vigencia el 15 de septiembre del año 1877 y fue elaborado mediante una comisión. Se integró por 447 artículos y tres libros.

¹² Martínez. Ob.Cit. Pág. 122.



En el mismo código, se emitió el de procedimientos en materia criminal, el cual se encontró integrado por 152 artículos.

- c) Código Penal de 1889: el 25 de enero de 1889 mediante la comisión codificadora se presentó ante el Ministro de Gobernación un nuevo código, señalando sus virtudes y la exposición de motivos, así como las circunstancias que motivaron la creación del nuevo Código Penal.

En el mismo, las penas que se buscaba abrogar no se encontraban en sintonía con un sistema de avanzada y no se establecían los delitos claramente.

En el código nuevo, se logró abolir la pena de muerte y se promulgó durante el gobierno de Manuel Lizandro Barillas el quince de febrero de mil ochocientos ochenta y nueve.

En el mismo, es de importancia la determinación y fijación de la pena, debido a que se reduce considerablemente la discrecionalidad del juzgador. Este código, se encontró compuesto por un título preliminar, en el que se establecieron los principios y lineamientos generales del código y se estructuró en tres libros.

- d) Código Penal de 1936: es el penúltimo Código Penal de la República de Guatemala y fue promulgado por el General Jorge Ubico el 25 de mayo del año 1936. El mismo, desde el momento en que salió victorioso en las elecciones del año 1931, con el apoyo del partido libertad, se propuso llevar a cabo una reforma



general de leyes y especialmente en cuanto al Código Penal, la Ley constitutiva del Organismo Judicial y el Código de Procedimientos Penales.

El Código Penal se decretó bajo el número 2164 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, el cual se compone de un título preliminar y de tres libros. El título preliminar contiene casi exactamente lo estipulado por el código anterior, agregando lo relativo al tema de la extradición.

El libro segundo, indica lo relativo a las disposiciones generales en cuanto a los delitos y faltas, las personas responsables y las penas, del cual es bastante parecido al código derogado, únicamente con algunas modificaciones.

El tema en el cual se indica una mayor reforma consiste en el apartado de las penas, debido a que el mismo se encarga del establecimiento de la pena de muerte que se tiene que llevar a cabo en un plazo máximo de veinticuatro horas, después de ser notificado el reo de la sentencia firme.

La pena de prisión no puede exceder a los veinte años. El libro segundo, es referente a los delitos y penas establecidas en el Código Penal, iniciando con los delitos contra la seguridad exterior del Estado, delitos contra la seguridad interior estatal, contra el orden público y contra las instituciones sociales.

Al mismo, se incorporaron varios Decretos legislativos y con base al Decreto 118 del Congreso de la República en el año 1945 se promulgó la Ley de Vagancia,

en donde se definía la situación de los vagos y las respectivas sanciones que eran referentes a un mes de prisión y hasta dos meses cuando había reincidencia.

Durante el año 1946, con la emisión del Decreto 234 del Congreso de la República de Guatemala, se estableció el procedimiento para la ejecución de la pena de muerte por fusilamiento, en donde se indicó que se vendarían los ojos y en una distancia de seis metros se colocarían dos filas de ejecutores, los cuales serían los encargados de disparar a la orden del jefe de guardia.

- e) Código Penal de 1973: es el código vigente y el mismo fue promulgado el cinco de julio de 1973, entrando en vigencia el uno de enero de 1974. Su fuente primordial es el Código Penal español del año 1944, así como algunas reformas sucesivas al mismo y al proyecto del nuevo código español.

“Es un código bastante ordenado, con instituciones que en su época fueron bastante novedosas. En el mismo, hace falta la eliminación de determinadas figuras que en la doctrina han destacado como no necesarias, así como también en el mismo es necesario agregar otras instituciones que son indispensable”.¹³

En cuanto a la parte especial se necesita matizar la diferencia de orden de aparecimientos de los tipos penales, debido a que en los cuatro anteriores códigos iniciaban la parte especial con los tipos referentes a hechos en contra de

¹³ Ibid. Pág. 166.



la seguridad del Estado y terminaban con los tipos en contra de la persona. Se inicia con los delitos que atentan contra las personas y finaliza con los que atentan contra la seguridad estatal.

Se ha destacado la necesidad de un nuevo Código Penal debido a que su contenido no guarda concordancia con la Constitución Política de la República de 1985, ni con la realidad política y social del país, enfrentando un desgaste técnico y legislativo inadecuado a la realidad actual.

Actualmente existe una diversidad de leyes especiales distintas al Código Penal y una infinidad de propuestas de reformas al Código Penal y a las leyes penales especiales, ya vigentes.



CAPÍTULO II

2. Derecho penal y corrupción

La corrupción no es un hecho de actualidad, ya que la misma encuentra sus orígenes en la problemática referente a la globalización de la economía que deriva de los cambios económicos, morales, sociales, culturales y jurídicos.

Las formas de manifestarse de la corrupción son variadas y lesionan fuertemente a todos los intereses de la ciudadanía guatemalteca.

Pero, todos ellos tienen como denominador común la intencionalidad de los agentes que estén involucrados, sean los mismos públicos o bien privados, en relación a la obtención de un beneficio que sea irregular y que de otra manera no sería posible que obtuvieran.

También, cuentan en común con que lo que buscan se puede observar claramente mediante la transgresión de los distintos deberes institucionales existentes, resultando con ello desde el ámbito del funcionario público una deslealtad hacia la institución a la cual es perteneciente o bien a la cual está haciendo prestación de servicios, con lo cual lleva a cabo un carácter desleal.

A dichos efectos, son vulnerables de manera muy especial todos aquellos que toman decisiones del carácter que sea y que gozan de discrecionalidad, siendo la misma no

una condición fundamental ni suficiente, debido a que de manera contundente la participación que tengan es de decisión personal.

Definitivamente, la corrupción desde la perspectiva del funcionario, se encarga de suponer la violación ya sea activa o bien pasiva de una obligación posicional o del incumplimiento de alguna función que sea específica y que por lo general sea llevada a cabo en un marco discrecional, con la finalidad de la obtención de un beneficio extraposicional cualquiera que sea su naturaleza.

“Debido a lo complejo del actuar de la corrupción, el combate de los actos de corrupción necesita de la existencia de medidas de prevención, así como también de represión. Dentro de dichas medidas preventivas, está el correcto desarrollo de la conciencia ética, así como la presencia de transparencia y publicidad en las gestiones que tiene asignadas”.¹⁴

Además, se tiene que asegurar el establecimiento de sistemas de responsabilidades y fiscalización, así como sueldos dignos y estabilidad laboral. Dentro de las medidas de represión se encuentran las disciplinarias y las penales.

2.1. Concepto de derecho penal

El derecho penal objetivo es el conjunto de normas jurídicas que se encargan de definir determinadas conductas como delito y las respectivas penas a sus transgresores. Ello,

¹⁴ Zaragoza Aguado, Javier Alejandro. **Transparencia pública contra la corrupción**. Pág. 50.

debido a las especiales consecuencias de orden jurídico y legal que la verificación de los comportamientos trae consigo. Dichas normas jurídicas referidas, tienen que contar con un rango legal, además de ser claras, bien precisas, estrictas y determinantes.

Contrariamente al control social, entendido como el conjunto de los recursos de una determinada sociedad para garantizarse la conformidad de los comportamientos y actuaciones de sus integrantes a un conjunto de reglas y principios, así como también a las formas organizadas con las que responde la sociedad a sus transgresiones, el control penal es reactivo, integral y debidamente formalizado en relación a su elemento distintivo y fundamental que es la pena.

Por ende, consiste en el instrumento legal mayormente enérgico del cual dispone el Estado guatemalteco para no permitir que las actuaciones que resultan ser mayormente intolerables y no deseadas no sucedan en la sociedad.

El derecho es integrante del marco y de la estructura que otorga certeza a las relaciones entre los particulares y a las decisiones de orden político en un momento determinado del devenir histórico, de conformidad con los intereses que sean preponderantes.

En dicho sentido, la política criminal es referente al aspecto de control penal que tiene relación con el poder estatal para llevar a cabo una caracterización del conflicto social como criminal, ello es, que integra un ejercicio de poder mediante la selección de los bienes jurídicos que se consideran valiosos y que permiten la criminalización de las

conductas que lesionen o pongan en peligro, siendo la política criminal aquella que se concreta en el ejercicio del poder punitivo y represivo bajo las distintas modalidades de criminalización tanto primaria como secundaria.

De esa manera, la criminalización primaria es referente a la selección de las distintas actuaciones no esperadas ni deseadas para la sanción de un acto legislativo bajo la amenaza de una pena, ello es, la descripción de una norma jurídica como delito y la criminalización secundaria como una acción punitiva que se lleva a cabo sobre determinadas personas.

“El *ius puniendi* o derecho subjetivo, es referente a la potestad punitiva estatal, en donde la aplicación de las penas es constitutiva de un extremo en la utilización del uso legítimo de la fuerza por parte del Estado que lo ejerce de manera monopólica, lo cual impone el establecimiento de limitantes claros en el empleo de la potestad anotada”.¹⁵

La primera limitación se encuentra integrada por el principio de legalidad, el cual se concreta en que no existe delito sin ley que lo establezca y no hay pena sin ley que lo determine, y en la necesidad de asegurar la existencia de un debido proceso con todas las garantías y presidido por el principio de inocencia, en el cual se indica que todas las personas son inocentes hasta que se les demuestre lo contrario, pero también debe hacerse la consideración y tener bien presente que el derecho penal es de carácter subsidiario o de *ultima ratio* como se le denomina, lo cual permite conocer que la necesidad más absoluta y completa de su intervención legal, tiene que ser aplicada

¹⁵ Pesce. **Ob.Cit.** Pág. 99.

únicamente cuando con anterioridad se hayan agotado todas las demás instancias de composición del conflicto. Por ello, se puede indicar que cuenta con carácter fragmentario y es de aplicación proporcional.

El derecho en estudio tiene como fines la tutela de los bienes jurídicos debidamente seleccionados y se encuentra ligado de manera indisoluble a la misma, referente a la motivación ciudadana, incidiendo de manera directa a través de la amenaza de la pena para que exista una clara abstención de la realización de comportamientos que lesionen o pongan en riesgo los bienes jurídicos tutelados.

2.2. Situación normativa en Guatemala

En la sociedad guatemalteca se tienen normas de carácter penal que son provenientes de dos ámbitos que son el nacional e internacional. El primero, surge como respuesta al fenómeno de la corrupción como delito transnacional y por la preocupación de los distintos Estados por el combate y eliminación radical de dicho flagelo tan dañino para el país.

Guatemala ha suscrito dos convenciones de importancia en la materia y que regulan disposiciones de orden penal concretas y son:

- a) Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), suscrita en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, en Caracas el 29 de marzo del año 1996.

- b) Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), suscrita en Mérida el 9 de diciembre del año 2003.

Dentro del ámbito nacional, se sanciona con delitos tipificados con penas privativas de libertad, penas de multa y de inhabilitación acumulativa, lo cual constituye un hito en la legislación. También, se establece la confiscación de objetos y valores de orden patrimonial que sean el resultado directo o indirecto del delito y se establece la circunstancia de que el sujeto activo de los delitos de esa categoría haya obtenido el enriquecimiento patrimonial.

2.3. Bien jurídico penal

El poder de definición de los procesos criminales de un Estado democrático y social de derecho tiene que contar con el fundamento objetivo de la plena consecución de la libertad e igualdad.

“La validez del derecho penal no se encuentra en sí misma como una disciplina, sino que es proveniente de su política criminal, la cual tiene que encontrarse expuesta de manera permanente a la revisión minuciosa desde la realidad tanto económica como social”.¹⁶

Dentro de la definición de un proceso criminal se tiene que anotar también que se debe jugar un papel principal referente a la aplicación del bien jurídico tutelado. La teoría del

¹⁶ Ibid. Pág. 140.

bien jurídico se encuentra encaminada y llamada al cumplimiento de un papel decisivo de la estructura del delito con la capacidad de rendimiento para la articulación del sistema de derecho penal.

Con ello, se denota que se cuenta con un potencial y con una aptitud limitante, además de aprovechable tanto en la instancia de orden legislativo de criminalización primaria, en donde el bien jurídico plasma su función de manera crítica, tanto en la fase de interpretación como de aplicación del derecho penal objetivo, que es referente a la criminalización secundaria, en la cual lleva a cabo su función dogmática.

La incidencia del principio de protección exclusiva de los bienes jurídicos es de carácter incuestionable, debido a su capacidad para la reducción y de amparo de las valoraciones tanto políticas como criminales en el campo de la intención penal del Estado.

Con lo anotado, se restringen las situaciones de elevada e intolerable daño a la sociedad, que debido a la entidad objetiva conductual y a la importancia de los bienes involucrados llevan a cabo un reclamo de la intervención subsidiaria del control penal.

Definitivamente, en ello consiste fundamentalmente la política criminal para así asegurar la selección de los bienes y la protección de las conductas dañosas para los mismos. Es fundamental la identificación material, lejos de las distintas formulaciones ideológicas con la finalidad de proteger cada norma penal, permitiendo con ello abrir la discusión referente a la discusión sobre la necesidad y la manera de brindar protección.

Ello, tiene que realizarse para asegurar una revisión democrática constante del sistema penal y de los bienes que tienen que ser protegidos para garantizar el bienestar común en el país.

2.4. Bien jurídico penal tutelado en los delitos contra la administración

De forma tradicional, la doctrina nacional se ha encargado de señalar que los delitos contra la administración resguardan el interés para el normal funcionamiento y el prestigio de la misma en sentido comprensivo, amplio y del decoro funcional, así como también el respeto que los particulares le deben a la misma.

La clara evidencia de los daños que ocasionan los actos de corrupción, el fortalecimiento de las democracias y el consecuente despertar de la conciencia producida a partir de la década de los años noventa, ha llevado a una transformación del paradigma en relación al objeto de tutela de dichos delitos.

En dicho sentido, el punto de atención se tiene que hacer manifiesto en cuanto a la administración para ponerlo en relación directa con el ciudadano y ello tiene que hacer suponer que el objeto de tutela tiene que ser el regular adecuadamente el funcionamiento de la actividad del Estado de acuerdo a sus pautas, para de esa manera dar paso a la protección y resguardo de los intereses de la ciudadanía y más concretamente al requerimiento de la actuación de los funcionarios o servidores con eficacia indiferente. Ello, es de esa manera debido a que al poner de manifiesto el servicio que los poderes se encuentran bajo la obligación de ofrecer a la sociedad de



acuerdo a los principios constitucionales y del resto de normas devenidas, es determinante de que el titular del bien jurídico ya no sea de manera exclusiva la administración, sino que los ciudadanos y los particulares de manera directa y que hayan sido los lesionados por llevar a cabo las conductas tipificadas.

De igual manera, las pautas referentes a la actuación, ya no son las mismas que las de la administración presenta, sino que son el ejercicio de dicho servicio, el cual tiene que ser sometido bajo regímenes bien objetivos y externos, como son los principios y criterios prefijados constitucionalmente, cuyo contenido es el referente a un auténtico bien jurídico que haya sido lesionado.

De esa forma, se puede señalar que el servicio que se presta tiene que ser ejercido con la finalidad de asegurar una satisfacción bien objetiva de los intereses de la generalidad.

No es suficiente con que exista idoneidad, capacidad y eficiencia, sino que también se tiene que exigir una adecuada organización y control, para así asegurar la satisfacción global de los distintos intereses de la sociedad de manera igualitaria.

Esa manera de actuación ha sido llamada actuación con eficacia indiferente y es comprendida como la llevada a cabo con la obligación de tener que realizar una ponderación de todos aquellos intereses que se encuentren en juego y operen en relación a los distintos criterios uniformes con la finalidad de evitar discriminaciones o favoritismos. El principio de imparcialidad es el que viene a ser un límite externo al

adecuado funcionamiento de la actuación administrativa existente, completando con ello la finalidad jurídica de acuerdo a las modernas convicciones que existen en el país.

2.5. Conceptualización de funcionario público

El concepto de funcionario público en relación a las disposiciones normativas penales consiste en una forma bien amplia que le ha otorgado la doctrina administrativa al mismo, siendo los mismos todos aquellos que ejercen un cargo o bien que desempeñan una función gratuita o retribuida, de forma permanente o temporal, de carácter legislativo, administrativo o judicial en el Estado, municipio o en cualquier ente de carácter público.

Con ello, se puede claramente señalar que se incluye a todo aquél que lleve a su cargo o desempeñe y ejerza una función estatal en sentido amplio, siendo completamente irrelevante la naturaleza, duración y radicación institucional.

2.6. Delitos contra la administración pública

Los delitos contra la administración pública se encuentran vinculados a actuaciones corruptas y son los siguientes:

- a) **Concusión:** es referente al abuso de la calidad de funcionario público o de su cargo, para de esa manera exigir o bien inducir a error a un particular para que el mismo le prometa o le entregue algo de manera indebida. En el delito en

mención, no existe acuerdo alguno entre el funcionario y el particular que salga beneficiado, sino que únicamente una posición de completa preeminencia del funcionario debido a su carácter.

“El agravamiento del delito se encuentra en la naturaleza del cargo o de la función que se lleva a cabo, así como también en aquellos casos en que al funcionario corrupto ha realizado un enriquecimiento patrimonial”.¹⁷

- b) Cohecho: es referente a la recepción o aceptación de una promesa por parte de un funcionario público o de un tercero para la ejecución de un acto y ese es el cohecho simple, o bien por retardar u omitir la ejecución de un acto que sea adverso a sus deberes funcionales como cohecho calificado.

El mismo, es agravado de acuerdo a la naturaleza del cargo o de la función, así como en aquellos casos en los cuales se le permite la obtención al funcionario corrupto de un enriquecimiento en su patrimonio.

El Artículo 439 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Cohecho pasivo. Comete delito de cohecho pasivo, el funcionario público, empleado público o quien ejerza funciones públicas, que solicite o acepte, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, a título de favor, dádiva, presente, promesa, ventaja o por

¹⁷ Valeije Álvarez, Ignacio Remberto. **El tratamiento penal de la corrupción del funcionario**. Pág. 26.

cualquier otro concepto, para sí mismo o para otra persona, para realizar, ordenar, retardar u omitir un acto propio de su cargo.

El responsable de este delito será sancionado con prisión de cinco a diez años, multa de cincuenta mil a quinientos mil quetzales, e inhabilitación especial, sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido. Cuando el funcionario o empleado público obligare a favor, dádiva, presente, promesa o ventaja, la pena se aumentará en una tercera parte.

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

- c) Tráfico de influencias: es el delito en el que se invocan influencias reales o simuladas, para a cambio recibir un provecho o una promesa del mismo con la finalidad de influir en relación a un funcionario, para retardar, acelerar u omitir un acto que se encuentre a cargo de él.

Cuenta con la característica que no se necesita de la concurrencia del funcionario, ello quiere decir, que puede ser cometido por un particular que invoque una influencia aún existente, debido a que basta con la innovación de la influencia a cambio de una contraprestación o promesa.

El delito tiene que ser agravado de acuerdo a la naturaleza del cargo o de la función que desempeñe el funcionario de quien son invocadas las influencias.

- d) **Soborno:** consiste en el delito cometido por el particular que lleva a cabo una inducción a un funcionario a la comisión del delito, en cualquiera de sus formas y no se alcanza, debido a que si se lograra sería coautor de un delito y recibiría una pena similar.
- e) **Fraude:** es el delito que sanciona al funcionario que de manera directa o a través de un tercero daña a la administración en beneficio propio o ajeno, procediendo al efecto con engaño en los actos en los que tiene que intervenir por razón de su cargo.

2.7. Sistemática del derecho penal de corrupción

No existen conocimientos seguros en relación a la dimensión de la corrupción en Guatemala. Pero, se tiene que suponer un elevado número de casos desconocidos. La corrupción no consiste en un término jurídico legalmente definido, sino en un término antijurídico que es utilizado sobre todo en las ciencias sociales.

El término corrupción se hace notar en todas las relaciones de la vida: en la economía, en el Estado y en la sociedad.

No existen tipos penales especiales en contra de la corrupción en el ámbito de la sociedad y ello sucede con la finalidad de que se mejoren las posibilidades de una contención jurídico-penal de la corrupción en la administración y en la economía privada.

El derecho penal guatemalteco combate la economía privada por medio de tipos penales de corrupción específicos como el cohecho, pero no tipifica la corrupción privada. La criminalidad en la actualidad se encuentra incluida en los tipos penales generales.

2.8. Cohecho activo y pasivo en la economía privada

“El cohecho es un delito que implica la entrega de un soborno para corromper a alguien y con ello obtener un favor de su parte. Lo habitual consiste en que dicha dádiva, que puede ser concretada con dinero o regalos, sea entregada a un funcionario público, para que el mismo sea quien concrete u omita una acción determinada”.¹⁸

Con los mismos, se busca señalar la corrupción en el campo comercial, la cual lesiona no únicamente a las empresas, sino que también es representativa de un comportamiento social dañino. Lo que se busca, es abarcar un amplio campo protector que resguarde la competencia como una institución, a los competidores, al jefe bajo soborno y a todos frente a un encaramiento de los bienes y servicios. El tipo se encuentra determinado como un delito abstracto de riesgo en donde las relaciones de competencia determinadas por la demanda y la oferta no tienen que ser vulneradas.

Por ende, no es decisivo si el sobornado de hecho busca de manera preferente al autor, ni lo es la situación de que al menos un competidor presenta su misma oferta. La ventaja puede encontrarse bajo previsión para el empleado o para un tercero.

¹⁸ Orozco López, Miguel Benjamín. **Ámbitos de la corrupción**. Pág. 22.

“El autor del delito de cohecho activo, tiene que llevar a cabo sus actuaciones con finalidades competitivas. Dicha intención de competición cuenta con dos componentes que son: primero, el *dolus eventualis*, que hace referencia a que existen competidores; y segundo, el *dolus directus*, en el sentido de ser preferido en dicho caso”.¹⁹

El cohecho pasivo consiste en un delito de participación necesaria, lo cual significa que tiene que existir un oferente y un retribuyente, o sea, alguien que induce y alguien que es inducido. Solamente puede existir cohecho pasivo, si una persona ofrece algo o hace una promesa con una finalidad específica. Por ende, el cohecho en mención puede esperar por parte del sujeto activo un acto justo que no sea retribuido, debido a que el mismo no será de conocimiento público, o un acto injusto, en el cual tiene que abstenerse de cumplir con sus obligaciones, cometiendo con ello un delito, lo cual hace que el cohecho adquiera carácter de agravado.

2.9. Acuerdos ilícitos limitativos

En la mayoría de procesos especialmente en el sector de las obras públicas, el cohecho se encuentra con frecuencia acompañado de ilícitos limitativos a la competencia. Se tiene que brindar protección al patrimonio del organizador del concurso y al resto de los competidores potenciales. El tipo se encuentra construido como un delito de riesgo abstracto. Los acuerdos limitativos referentes a la competencia violan la prohibición de formación de monopolio, siendo su formación la que constituye una falta sancionable y la misma tiene carácter subsidiario frente al delito. En algunos casos, se puede

¹⁹ Arévalo González, César Antonio. **Corrupción desmedida**. Pág. 40.



imponer una multa a una persona jurídica o asociación de personas por motivo de delito o falta cometida por sus órganos.

También, puede llegar a incurrir en falta, quien como propietario de una empresa no se encargue de tomar las medidas de supervisión necesarias contra los acuerdos ilícitos de las personas a su cargo.

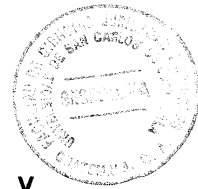
Dicha norma, se encarga de mostrar que el propietario y los funcionarios directivos de la empresa responden claramente por la evitación de los delitos de funcionarios subalternos, correspondiéndoles a las autoridades encargadas de la defensa de manera exclusiva la imposición de multas a la empresa.

Por ende, en aquellos casos de subasta que sean contrarios al derecho antimonopolio, la competencia de instrucción y sanción para la imposición de una pena a personas físicas es correspondiente al Ministerio Público.

Para evitar la existencia de dificultades y conflictos en relación a la competencia, se necesita contar con una adecuada cooperación entre el Ministerio Público y la autoridad de defensa de la competencia.

2.10. Derecho penal y servicios públicos

Un servicio es referente a la actividad desarrollada a través de una institución pública o privada, con la finalidad de brindar la adecuada satisfacción a las necesidades sociales



determinadas. Los servicios públicos consisten en el conjunto de actividades y prestaciones permitidas, reservadas o exigidas a las administraciones públicas a través de la legislación en cada Estado, y tienen como objetivo responder a los distintos imperativos del funcionamiento en sociedad, favoreciendo para el efecto la realización efectiva de la igualdad y del bienestar en sociedad.

Acostumbran tener un carácter gratuito, debido a que los costos se encuentran a cargo del Estado.

El campo de aplicación de los tipos penales que sancionan la corrupción en los servicios públicos se encuentra determinado por la interpretación del término funcionario.

El conocimiento de si se cumplen o no los requisitos referentes a dicha terminología, puede presentar diversas dificultades de manera particular cuando el Estado se sirve de diversas maneras de organización del derecho privado para el cumplimiento de sus funciones.

2.11. Tipos penales generales

El daño social ocasionado por la corrupción en el sector privado no se limita a la falsificación de la competencia y el encarecimiento, sino que también se hace notar a través de una amplia criminalidad que le acompaña y que no permite el bienestar de la sociedad.

“La administración desleal, estafa, falsificación de documentos e incumplimiento de la obligación de llevar contabilidad son los delitos que se presentan con mayor frecuencia. Las dificultades de prueba referentes a este tipo penal, particularmente en relación a la determinación del daño tienen que señalarse, al igual que el cohecho pasivo y la administración desleal”.²⁰

Además, cabe anotar que el empleado que al momento de llevar a cabo un pedido de bienes y de servicios comerciales, de manera desleal otorga preferencia al autor del cohecho activo y viola los intereses patrimoniales de los cuales tiene la completa responsabilidad y tiene a su cargo, por lo cual se le puede imponer una pena privativa de libertad.

Pero, si por no existir una relación de competencia entre el favorecido y los competidores, la preferencia no se practica con fines competitivos, solamente resta la punibilidad por administración desleal.

Cuando es deficiente la contabilización, la cual también puede llegar a encargarse a un tercero puede entonces imponerse una pena privativa de libertad, siendo ello lo que sucede en tiempos de crisis económica en donde puede llegar a incurrirse en quiebra.

²⁰ Arjona Trujillo, Ana María. **La corrupción: una revisión a la literatura.** Pág. 21.

CAPÍTULO III

3. La corrupción en Guatemala

La corrupción no es únicamente preocupante por sí misma o en términos puramente éticos, ya que también cuenta con un impacto en relación a la credibilidad de las instituciones públicas, en cuanto al desarrollo económico y social, así como de las condiciones generales de vida de la población. La misma, puede encontrarse determinada desde el silencio o la clandestinidad, el éxito o fracaso de políticas tanto económicas como sociales. Si se toma en consideración la sustancial carga en relación a la calidad de gobierno en las actividades económicas del país, es lógicamente indispensable garantizar a toda medida su control. Por su parte, los funcionarios públicos preocupados por los efectos negativos de la misma buscan aumentar de manera regular el número y la rigidez de las medidas en contra de ella.

Pero, la misma se tiene que elevar hasta llegar a un punto decreciente en donde la respuesta se fundamente en el desarrollo, tomando en consideración desde la administración pública, hasta una burocracia a gran escala que necesita contar con una serie de controles externos que aseguren el cumplimiento de la ley.

“El *sine qua non* de la anticorrupción lo constituye el denominado servicio civil y el mismo consistió en la primera pieza y más fundamental que fue establecida en los diversos Estados y originó un paso casi inmediato del poder de manos de las

autoridades partidistas que eran responsables de brindar servicios a los controles de la burocracia naciente”.²¹

3.1. Conceptualización

Desde sus primeras utilizaciones el término corrupción marcó de forma determinante lo que serían las grandes expectativas para abordar el fenómeno. Originalmente, dicho término hizo referencia a la degeneración que alcanzan las formas de gobierno monárquico, aristocrático y democrático.

Corrupción puede significar la transformación del estado natural de una cosa o sustancia. Califica además el carácter degradado, malicioso o maligno. Es en determinadas ocasiones un término jurídico, incluido en los códigos.

Corromper quiere decir alterar la forma que tiene alguna cosa, perder, dañar, sobornar o cohechar al juez o a cualquier persona, con dádivas o de otra forma, pervertir, estragar o degradar las costumbres.

De conformidad con sus raíces etimológicas y con sus significaciones como sustantivo y como verbo, se puede indicar que el delito de corrupción puede implicar claramente un rompimiento claro y bien libre del orden jurídico, pero también consiste en un delito matiz, o sea, la corrupción puede ser un acto de desviación, de perversión, desleal y en menoscabo o pérdida de valores de orden ético.

²¹ Alvar Ezquerro, José Alfredo. **Corrupción y desmoralización**. Pág. 13.

La corrupción se presenta cuando alguien que detenta el poder encargado de llevar a cabo determinadas cosas es inducido a través de recompensas monetarias o de cualquier otro tipo a llevar a cabo acciones que sean favorecedoras de quien ofrece la recompensa y en consecuencia lesionan al grupo o a la organización.

Son actos mediante los cuales se es impulsado a actuar de manera distinta a los estándares normativos del sistema para el favorecimiento de los intereses particulares a cambio de una recompensa.

La corrupción es la mala utilización o abuso de poder para la obtención de un beneficio que sea personal y privado, comprendiendo que dicho fenómeno no se limita a una determinada clase de personas. Es el conjunto de actitudes y actividades a través de las cuales una persona transgrede compromisos adquiridos consigo mismo, empleando los privilegios otorgados con la finalidad de obtener un beneficio ajeno al bien común.

“Su conceptualización varía de acuerdo al país o jurisdicción. Los agentes policiales y los fiscales en determinados países tienen que encargarse del mantenimiento discrecional debido y en aquellos países en los cuales la transparencia sea reducida e inclusive inexistente estarán mayormente expuestos a dichas acciones, pero si además los medios de información no son transparentes al informar a la ciudadanía o se ven coartados en la posibilidad de llevarlo a cabo o sencillamente manipularlos, el proceso de corrupción es mucho más complicado”.²²

²² Ibid. Pág. 20.

La diferencia entre el ejercicio del poder por el antiguo régimen y el mundo democrático, consiste en que en el antiguo régimen ese ejercicio era marcadamente patrimonialista.

Pero, en los regímenes democráticos al recaer la soberanía en el pueblo, el ejercicio del poder tenía que responder ante la Nación.

Al ser definida la corrupción como la utilización ilegal del oficio público para el beneficio personal, se intuye que el mundo preindustrial dio paso a la industria y a la codificación formal de las organizaciones sociales en búsqueda de la eficiencia.

Pero, los lazos familiares o de amistad aún perduran con mayor presencia. Los países que están desarrollados también presentan corrupción, pero la misma es tendiente a frenarse cuando se dan aumentos extraordinarios en la cantidad y calidad de los medios productivos, así como también si se presentara una economía internacional fundamentada en un sistema estable de intercambio de valores, bienes y servicios.

3.2. Causas

Las causas de la corrupción pueden ser:

- a) Causas endógenas: falta de educación o de la existencia de una cultura de compromiso, inexistencia de una conciencia social, paradigmas negativos, personalidades antisociales y percepción sesgada del grado de corrupción que se encuentra presente y megalomanía.

- b) **Elementos exógenos:** son aquellos que se encuentran bajo la dependencia de la sociedad y entre ellos están la impunidad en los actos de corrupción, el corporativismo partidista, los modelos sociales que se transmiten y que son generadores de falta de valores, el excesivo poder discrecional a los funcionarios, la concentración de poderes y de toma de decisiones en determinadas actividades realizadas a través del gobierno, discrecionalidad y escasez de decisiones colegiadas, soborno a nivel internacional, control económico o legal en relación a los medios de comunicación que limitan la exposición de los casos de corrupción, sueldos muy bajos, falta de transparencia en la información relativa a los fondos y de los procesos de decisión, poca eficacia de la administración y extrema complejidad en cuanto al sistema.

3.3. Efectos

- a) **Efectos económicos:** la corrupción es generadora de distorsiones bastante considerables y de ineficiencia. Dentro del sector privado, la misma es la que incrementa los negocios y las actividades empresariales debido a que al ser sumados los precios de los desembolsos ilícitos, el costo del manejo de las negociaciones con los cargos públicos y el riesgo del incumplimiento de los acuerdos o de detección es notablemente considerable.

A pesar de que existen quienes indican que la corrupción reduce los costos al presentar nuevas normas y retrasos, la eliminación abierta de las regulaciones prolongadas y costosas es preferible que permitir encubiertamente que las

mismas sean sorteadas empleando sobornos. En ese momento, es que la corrupción aumenta el costo de los negocios, así como también distorsiona el campo de acción con conexiones frente a los competidores, distorsionando de forma bastante negativa a las empresas del país.

“La corrupción también es generadora de trastornos incrementando la complejidad de los proyectos para ocultar o allanar el adecuado camino, y con ello las inversiones de la sociedad guatemalteca”.²³

La misma, también es la causante de que descendan las regulaciones en relación con la construcción y el medio ambiente, reduciendo con ello la adecuada calidad de los distintos servicios y de la infraestructura gubernamental, así como del incremento de las presiones presupuestarias en relación al sistema de gobierno.

- b) Efectos medioambientales y sociales: también la corrupción es facilitadora de la destrucción del medio ambiente. Los países corruptos pueden tener formalmente una legislación que sea destinada a brindar protección al medioambiente, pero la misma no puede ser ejecutada si los encargados de que se haga efectiva fácilmente son sobornados.

Lo mismo, puede ser aplicado en relación a los derechos sociales, la protección en el trabajo y la prevención referente al trabajo infantil. La violación a los

²³ Cobb Login, Mario Estuardo. **Explicando la corrupción**. Pág. 66.

derechos en mención le permite a los países corruptos que puedan ganar una ventaja económica legítima en los mercados de orden internacional.

- c) Efectos políticos: la corrupción es productora de desconfianza en la mayor parte de las instituciones del país. Es conductora de muchas personas a adoptar una serie de estrategias menos cooperativas y fomentar la deserción con la finalidad de no ser explotadas por sujetos integrantes a redes de corrupción.

Como consecuencia de lo anotado, en muchos países existe una abstención generalizada y pérdida del interés por la política. Eso sí de forma ocasional, se presentan movimientos de protesta que buscan confrontarse a través del poder político y generar con ello una inestabilidad política y represión policial.

3.4. Conflictividad, investigación y auditoría

El trabajador es el encargado de llevar a cabo la demostración de que su revelación en cuanto a la información obtenida es un factor referente a la subsecuente acción o inacción negativa de un integrante del personal.

El resguardo y estímulo que se proporciona a los denunciantes internos es el que permite que todos los trabajadores públicos sean investigadores y activistas de la anticorrupción. Además, la forma de la denuncia interna ha sido un ejemplo claro del arraigo de los mecanismos garantes de control. Los actores de influencia del gobierno son los auditores y debido al elevado número de responsabilidades y mandatos con los

cuales cuentan y que les son asignados, especialmente las que imputan o tienen sugerida alguna clase de corrupción, tienen la labor y potencialidad de socavar o destruir a los administradores.

Además, los políticos y burócratas sensibles a cualquier información existente, deben tomar en consideración las patologías de todas las estructuras relacionadas con la desmoralización de los mandos medios y la criminalización del intercambio de las organizaciones y el desplazamiento de las metas en beneficio del cumplimiento de la regulación de ética.

3.5. El enjuiciamiento

El cambio esencial en el componente de aplicación legal contra la corrupción y ha sido el papel agresivo de los organismos nacionales que tienen la responsabilidad de cumplir con la investigación y con el enjuiciamiento por corrupción de los funcionarios estatales y locales de todos los niveles económicos.

En la actualidad existen unidades debidamente especializadas en corrupción, que tienen el compromiso profesional de llevar casos ante el sector justicia para garantizar el bienestar y orden social.

Tanto la corrupción como su adecuado control, presentan una serie de limitaciones por parte de los distintos grupos y de distintos tipos en cuanto a la competitividad económica y el adecuado desempeño del gobierno. Pero, es bastante claro que la

variable clave consiste en el control de la corrupción, debido a qué si no existe alguna clase de integridad, se tiende a la redefinición de la ética de conformidad con sus mismos intereses.

La sugerencia de un modelo eficiente para el eficiente control de la corrupción no inhibe la competitividad y ello depende del tipo de corrupción con problemas particulares y sensibles a determinadas clases de control.

Un inadecuado régimen de control a la corrupción puede ser incapaz de limitar la misma y de inhibir la competitividad.

3.6. La integridad pública

“Los síndromes de la corrupción son provenientes de diversos factores socioeconómicos y políticos estructurales parecidos y presentan retos similares al establecimiento de la protección e integridad pública”.²⁴

Los elementos fundamentales que tienen relación con las diferencias ente los síndromes consisten en la fortaleza referente a las instituciones y la capacidad relativa de la sociedad y del Estado, teniendo que existir una capacidad relacionada estatalmente con la sociedad, así como una capacidad bien integrada y protección a las instituciones débiles. Por su parte, la liberalización tanto económica como política ha tenido grandes cambios y avances, pero las instituciones subyacentes continúan siendo

²⁴ Gheri Sheeter, Laura Fabiola. **Corrupción: conceptos, tipos, causas y consecuencias**. Pág. 61.

un problema latente en el país. La competencia política es bastante amplia, pero los derechos políticos, la rendición de cuentas, las libertades civiles y el imperio legal son bien limitados para la sociedad guatemalteca.

La rendición de cuentas y los mecanismos relacionados con la justicia no se encuentran debidamente establecidos en el sistema guatemalteco. El síndrome de corrupción limita la búsqueda de poder y debilita los marcos de referencia de carácter institucional que se necesitan para sustentar y controlar los procesos.

Cualquier acercamiento al control de la corrupción tiene que encargarse de contrarrestar los bajos e inadecuados niveles de capacidad del Estado, de la sociedad y de las débiles instituciones.

El diagnóstico institucional lleva a cabo un análisis de la forma en la cual se le tiene que informar a las autoridades del país las violaciones a las reglas de adquisiciones e ingresos a las cuales no se les otorga seguimiento alguno.

A través de auditorías se tiene que documentar y exigir la rendición de cuentas ante las violaciones a la integridad que degradan la eficiencia del gobierno y la competitividad del sector privado. Las auditorías abarcan tanto la forense, como la evaluación del desempeño que es representativa del fundamento de un gobierno abierto y dispuesto a la rendición de cuentas, motivo por el cual son constitutivas de un factor decisivo para el desarrollo del país. Para garantizar la integridad pública es necesario contar con las siguientes características:

- a) Investigar y monitorear las acciones, conductas, operaciones u omisiones de los empleados, subcontratistas, asesores, proveedores y vendedores que tengan cualquier conexión con el trabajo en relación.
- b) Realizar auditorías e investigaciones con la finalidad de que se cumplan todas las normas jurídicas, así como con que se garantice la nómina y requisiciones relacionadas con el pago.
- c) Llevar a cabo la asesoría y debida vigilancia de los vendedores, proveedores y subcontratistas.
- d) Diseñar todos los procedimientos adecuados, tomando en consideración la debida integridad y las calificaciones que se necesitan para llevar a cabo negocios.
- e) Efectuar las investigaciones de campo y las que se necesiten con las finalidades requeridas.

3.7. Transparencia y rendición de cuentas

Desde el surgimiento de los regímenes democráticos, tanto la transparencia como la rendición de cuentas se han concebido como el fundamento de los mismos. Los asuntos de carácter público, deben encontrarse abiertos al escrutinio social y aquellos que los manejan tienen que rendir cuentas de manera oportuna y confiable.

El escrutinio público y la democratización en bastantes ocasiones llevan a la lamentable y preocupante comprobación de que la corrupción lesiona las estructuras del gobierno con bastante frecuencia, así como también los intereses económicos. De ello, deriva que los conceptos y procedimientos de transparencia y rendición de cuentas se enfoquen de manera prioritaria y casi exclusiva a la lucha contra la corrupción pública.

La extensión conceptual y práctica referente a la transparencia y rendición de cuentas a todos los campos de la esfera pública hacen responsables a los gobiernos frente a la ciudadanía.

La adopción de mecanismos de democracia semidirecta, así como el fortalecimiento de los gobiernos y el diseño de esquemas institucionales mayormente participativos en distintos ámbitos de la gestión pública son contribuyentes al fortalecimiento de la transparencia y de rendición de cuentas, no únicamente en términos administrativos y contables, sino que también en aspectos de confiabilidad política que permiten la funcionalidad de las instituciones democráticas.

En la actualidad, en los comienzos del siglo XXI, en casi todos los países, a través de las elecciones libres, el electorado cuenta con la posibilidad de poder reemplazar a un partido que haya llevado a cabo una gestión pública que no sea satisfactoria, así como también se puede encargar de elegir órganos legislativos con pluralidad política e inclusive opositora. Lo anotado, es lo que ha permitido la existencia de responsabilidad vertical, comprendida la misma como aquella responsabilidad política del gobierno de turno ante el electorado.

Pero, la misma se tiene que verificar únicamente cuando se llevan a cabo procesos electorales en un país. De forma paralela, se procura el establecimiento y fortificación de la responsabilidad horizontal, la cual se tiene que verificar de forma cotidiana entre los distintos órganos de gobierno.

Para alcanzarlo, se debe reformar el sistema de justicia aprobando normas jurídicas relacionadas con la transparencia y creando contralorías, comisiones y fiscalías de derechos humanos, así como otros organismos de control en cuanto a la gestión de gobierno.

La corrupción y la arbitrariedad continúan latentes y con frecuencia los gobernantes y legisladores se manejan sin la suficiente responsabilidad ante una población que por lo general se encuentra desinformada o cautiva en redes clientelísticas.

El manejo del aparato de gobierno se caracteriza esencialmente por lo que se denomina democracia delegativa y por un elevado clientelismo que dificulta o hace nugatoria tanto la transparencia de la gestión pública como la oportuna y fiable rendición de cuentas por parte de quienes gobiernan y administran los recursos públicos.

Ante dicha situación, lo que se necesita es el desarrollo de una cultura de transparencia en el manejo de los recursos públicos y de las responsabilidades políticas, así como el mejoramiento de la rendición de cuentas ante la ciudadanía. Además, se necesita de una participación activa de la ciudadanía guatemalteca, de la vigilancia de la sociedad

civil debidamente organizada, de los medios de comunicación, de la creación de mecanismos institucionales de responsabilidad y control que fortalezcan tanto la participación ciudadana como el gobierno responsable.

Lo referente a una responsabilidad vertical se tiene que exigir de manera cotidiana y no únicamente periódica y con una mayor participación activa de los ciudadanos que estén involucrados.

3.8. Corrupción y falta de confianza

“En cuanto a la relación que existe entre la corrupción e inexistencia de confianza en las instituciones democráticas se puede señalar que el mayor costo de la misma consiste en el daño que genera a la confianza en sus representantes que lesiona el soporte del sistema democrático”.²⁵

La sociedad guatemalteca se caracteriza por elevados índices de corrupción y por una relativa falta de confianza en las instituciones democráticas. La democracia delegativa es la referente a aquella en la cual los ciudadanos son quienes eligen en elecciones razonables y competitivas a las personas que gobernarán por un determinado período, lo cual se lleva a cabo por un determinado período con amplias facultades y usualmente en el ámbito de acción de otras autoridades. Dicho tipo bastante limitado de democracia, en la cual la participación ciudadana se limita al ejercicio periódico del voto se denomina delegativa, debido a la soberanía popular que está indicada, para casi

²⁵ Malem Seña, Juan Gabriel. **La corrupción y sus aspectos éticos, económicos y jurídicos**. Pág. 66.

todos los efectos prácticos en un gobernante que busca por todos los medios expandir y personalizar su poder.

Lejos de las reformas legales e institucionales que se necesitan o en curso en materia de transparencia y de efectiva rendición de cuentas, se necesita garantizar políticas integrales encargadas del perfeccionamiento del tipo de democracia que se vive en la sociedad guatemalteca.

Lo que se busca es avanzar desde la actual democracia delegativa, hacia una democracia mayormente participativa, en la cual los ciudadanos cuenten con los medios necesarios para exigir la debida responsabilidad a sus gobernantes.

3.9. Responsabilidad, integridad y transparencia

Es fundamental contar con ideas y propuestas concretas para el mejoramiento de la integridad y transparencia en relación a la rendición de cuentas, para así alcanzar un gobierno auténticamente responsable. La mayoría de las mismas son coincidentes en las actividades de gobierno que tienen que hacerse más abiertamente a los ciudadanos y ellos por iguales medios tienen que fiscalizar con mayor diligencia, exigiendo una serie de responsabilidades concretas a los funcionarios públicos, sean los mismos electos o designados. La transparencia y la respectiva promoción de un adecuado control y escrutinio social permanente permiten que se inhiba y sancione la gestión de actos ilegales, como un factor clave de la democracia del futuro. La transparencia es profundamente democrática y consiste en un acto de notables consecuencias en

relación con la noción de una democracia que se debe encontrar al servicio de las personas y en la cual quienes ejercen sus funciones son primero servidores que autoridades y los ciudadanos son antes mandantes y titulares de derechos, que súbditos pasivos.

La democracia del futuro, es aquella que tiene la capacidad de poner a disposición de las personas el conocimiento e información que permita el pleno ejercicio de la ciudadanía guatemalteca, debido a que donde se encuentre la información allí se encontrará el poder. La transparencia es referente al acceso ciudadano oportuno, que es suficiente y garantizada en cuanto al desempeño de funciones. Tiene que existir una difusión sistematizada y periódica relacionada con las gestiones llevadas a cabo. Dicha información debe abarcar la explicación concisa de las funciones, actividades, dotación, presupuesto, finalidades, indicadores de gestión y sistemas de atención al público. Por su parte, la transparencia pasiva denota la obligación de tener que concederle a la ciudadanía el oportuno acceso a la información que obre en poder de los distintos órganos, a excepción que medie una razón legalmente establecida e imparcial, debidamente acreditada para la justificación o reserva de un determinado tipo de información. Al abordar la corrupción de manera eficiente y sostenible se tiene que involucrar un enfoque holístico.

3.10. Factores de corrupción

Son muchos los factores que tienen incidencia en relación a los niveles de corrupción, algunos facilitadores y otros haciéndole mayormente difícil, siendo notorio que a nivel

institucional y en la justicia se tiene una posición determinante y firme que atenta en relación a los distintos tipos de corrupción, siendo la misma tendiente a la reducción y a la inversa si sucede en caso contrario.

De todas maneras, la represión y la sanción en cuanto a los actos corruptos tienen que existir y fortalecerse cada vez más, pero también cuentan con limitaciones. Es esencial fortalecer el tejido social institucional del país y en dicho sentido la educación en valores puede llegar a ser uno de los pilares esenciales, así como la utilización de procedimientos menos abiertos y más transparentes en cuanto al manejo de dinero e implementación de transacciones financieras, que permita que se utilicen largas cadenas de transacciones.

3.11. Combate a la corrupción

Existen diversas entidades tanto nacionales como internacionales, oficiales y privadas que tienen la finalidad de supervisar el nivel existente de corrupción administrativa, como sucede con la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de los Estados Americanos (OEA), y Transparencia Internacional.

También, se tiene que anotar que la corrupción no es únicamente responsabilidad del sector oficial, del Estado o del gobierno de turno, sino que abarca de manera bien especial al sector privado, en cuyo caso se puede efectivamente hacer mención de la corrupción empresarial o de tráfico de influencias entre el sector privado y el público.



En la mayoría de países, dicho sector cuenta con una gran influencia del Estado y por ende el nivel de corrupción presente en dichos países tiene mucha relación con la forma en la que se comporta el sector privado en su conjunto con los sistemas políticos existentes.

Dos enfoques de tipo complementario implican el combate a la corrupción: el primero, concentrado en el combate frente a los actos llevados a cabo; y el segundo, se concentra en las acciones de prevención.

Entre las acciones de prevención se puede hacer referencia a la transparencia de las instituciones ante la utilización de los recursos públicos, una mayor independencia de los medios de comunicación y la revisión legal de las normas jurídicas que tengan relación con los medios de poder para alcanzar una mayor independencia de los poderes del país, debido a que si los mismos son controlados por los medios corruptos, los mismos pueden modificar rápidamente la situación legislativa y así entorpecer las labores e inclusive convertirles en algo inocuo.

CAPÍTULO IV

4. La importancia de tipificar la corrupción privada como delito en el Código Penal

Cada día adquiere mayor fuerza y sentido el estudio de la corrupción privada, debido a que consiste en el resultado de los comportamientos desviados por parte de quienes tienen a su cargo los centros de poder y toma de decisiones referentes a las empresas privadas, o sea, en cuanto a los administradores y cargos directivos de trabajo, como los gerentes, directores generales o directores de área.

4.1. Conceptualización

“La corrupción privada debe conceptualizarse desde la totalidad de los ámbitos de su estudio y análisis. En dicho sentido, se puede hacer la afirmación de que la misma significa una desviación no legal del interés público o colectivo en beneficio de intereses de carácter privado”.²⁶

Dentro del ámbito privado se puede indicar que la corrupción es relativa a diversos comportamientos desviados de los centros de poder y de toma de decisiones en las empresas en beneficio de quienes tienen a su cargo la administración, trabajadores o bien personas que tengan cercanía con los mismos, en perjuicio de los intereses

²⁶ Johnston Alcina, Michael Stevens. **La corrupción privada y sus efectos en la sociedad**. Pág. 56.

privados y colectivos empresariales y en sentido adverso a las normas que resguardan el sistema jurídico.

Esas desviaciones de intereses en la gestión de empresas privadas encuentran su campo de acción en el aprovechamiento de las lagunas jurídicas y los defectos en las estructuras de las grandes compañías y del sistema de tipo financiero en su conjunto, para garantizar el interés propio de los gestores y de las personas con relación a ellos por relaciones de amistad, familiares o de otros intereses de orden privado tanto particularmente como colectivamente.

4.2. Bien jurídico

Entre los puntos de importancia de analizar en cuanto al delito de corrupción privada se encuentra el del interés jurídico que se busca resguardar.

Ello, es de vital importancia como criterio interpretativo del tipo penal a efecto de realizar una adecuada verificación de una conducta específica y determinada, para que la misma quede inmersa en la norma tipificada penalmente.

Es fundamental la determinación de que si para que una conducta sea sancionada penalmente por delito de corrupción privada, se tiene que exigir que sea productora de una afectación al patrimonio empresarial, o bien si únicamente es suficiente que se lesionen los intereses en común. Debido a ello, son distintos los modelos que se han adoptado tanto a nivel nacional como internacional, los cuales buscan un modelo que

se fundamenta en el tipo penal en relación a la afectación de un interés que sea generalizado.

Es de anotar que originalmente las sanciones por comportamientos corruptos al interior de una empresa fueron referentes a normas jurídicas de derecho basadas en la competencia desleal.

Dicha clase de actuaciones lesionaba ante todo el sistema de la libre competencia, a medida que los particulares al igual que los funcionarios públicos debían prestar su atención a la protección de los intereses generales y a la estructura existente del sistema.

La consecuencia de dicha concepción consiste en que el interés resguardado en este tipo de delitos es de carácter general. Dichos comportamientos lesionan los intereses privados empresariales que padecen los efectos de las conductas corruptas.

Un comportamiento de la naturaleza en mención por parte de un trabajador de la empresa es constitutivo de una vulneración a su obligación de lealtad y fidelidad empresarial.

Desde dicha perspectiva, la realización de la conducta típica se encarga de la suposición de una causación de un perjuicio empresarial con el cual se está trabajando, a falta del cual no se puede tomar en consideración delito alguno.

4.3. Circunstancias de atenuación y agravación

Entre las circunstancias que modifican la responsabilidad penal se encuentran las atenuantes y las mismas se encuentran preceptuadas en el Artículo número 26 del Código Penal Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “Son circunstancias atenuantes:

Inferioridad síquica

1. Las condiciones determinadas por circunstancias orgánicas o patológicas que disminuyan, sin excluirla, la capacidad de comprender o de querer del sujeto.

Exceso de las causas de justificación

2. El exceso de los límites establecidos en las causas de justificación.

Estado emotivo

3. Obrar el delincuente por estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebatos u obcecación.

Arrepentimiento eficaz

4. Si el delincuente ha procurado, con celo, reparar el daño causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

Reparación del perjuicio

5. Si el delincuente, a criterio del tribunal, ha reparado, restituido o indemnizado adecuada y satisfactoriamente el daño causado antes de dictarse sentencia.

Preterintencionalidad

6. No haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad, como el que se produjo.

Presentación a la autoridad

7. Si pudiendo el imputado eludir la acción de la justicia por fuga u otro medio idóneo, se ha presentado voluntariamente a la autoridad.

Confesión espontánea

8. La confesión del procesado, si la hubiere prestado en su primera declaración.

Ignorancia

9. La falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución.

Dificultad de prever

10. En los delitos culposos, causar el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy improbable o difícil de prever.

Provocación o amenaza

11. Haber precedido inmediatamente, de parte del ofendido, provocación o amenaza en proporción al delito.

Vindicación de ofensas

12. Haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave, causada al autor del delito, su cónyuge, su concubinario, sus parientes dentro de los grados de ley, sus adoptantes o sus adoptados.

Se entiende por vindicación próxima la que se ejerce consecutivamente a la ofensa, o cuando no ha habido el tiempo necesario para la reflexión.

Inculpabilidad incompleta

13. Las expresadas en el artículo 25 cuando no concurren los requisitos necesarios para excluir de responsabilidad en los respectivos casos.

Atenuantes por analogía

14. Cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores".

Entre las circunstancias que modifican la responsabilidad penal se encuentran las agravantes y las mismas se encuentran preceptuadas en el Artículo número 27 del Código Penal Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: "Son circunstancias agravantes:

Motivos fútiles o abyectos

1. Haber obrado el delincuente por motivos fútiles o abyectos.

Alevosía

2. Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía, cuando se comete el delito empleando medios, modos o formas, que tiendan directa o especialmente a asegurar su ejecución, sin riesgo que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido; o cuando éste, por sus condiciones personales o por circunstancias en que se encuentre, no pueda prevenir, evitar el hecho o defenderse.

Premeditación

3. Obrar con premeditación conocida. Hay premeditación conocida, cuando se demuestre que los actos externos realizados revelen que la idea del delito surgió en la mente de su autor, con anterioridad suficiente a su ejecución, para organizarlo, deliberarlo o planearlo y que, en el tiempo que medió entre el propósito y su realización, preparó ésta y la ejecutó fría y reflexivamente.

Medios gravemente peligrosos

4. Ejecutar el hecho por medio de explosivos, gases perjudiciales, inundación, incendio, envenenamiento, narcótico, varamiento de nave, accidente de aviación, avería causada a propósito, descarrilamiento, alteración del orden público o por cualquier otro medio idóneo para ocasionar estragos de carácter general.

Aprovechamiento de calamidad

5. Aprovechar para la ejecución del delito, que ocurra o haya ocurrido un ciclón, terremoto, inundación, naufragio, incendio, descarrilamiento, accidente de tránsito de cualquier clase, explosión, alteración del orden público o cualquier otro estrago o calamidad pública.

Abuso de superioridad

6. Abusar de superioridad física o mental, o emplear medios que debiliten la defensa de la víctima.

Ensañamiento

7. Aumentar, deliberadamente los efectos del delito, causando otros innecesarios para su realización o emplear medios que añadan la ignominia a la acción delictual.

Preparación para la fuga

8. Ejecutar el hecho empleando vehículo o cualquier medio, modo o forma que asegure la fuga del delincuente.

Artificio para realizar el delito

9. Cometer el delito empleando astucia, fraude, disfraz o cualquier otro engaño suficiente para facilitar la ejecución del delito u ocultar la identidad del delincuente.

Cooperación de menores de edad

10. Cometer el delito utilizando la participación o ayuda de persona menor de edad.

Interés lucrativo

11. Cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.

Abuso de autoridad

12. Prevalerse, el delincuente, de su carácter público o del poder inherente al cargo, oficio, ministerio o profesión, o cometerlo haciendo uso de defunciones que anteriormente, hubiere tenido.

Auxilio de gente armada

13. Ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.

Cuadrilla

14. Ejecutar el delito en cuadrilla.

Hay cuadrilla cuando concurren a la comisión del delito más de tres personas armadas.

Nocturnidad y despoblado

15. Ejecutar el delito de noche o en despoblado, ya sea que se elija o se aproveche una u otra circunstancia, según la naturaleza y accidentes del hecho.

Menosprecio de autoridad

16. Ejecutar el delito con ofensa o menosprecio de la autoridad pública o en el lugar en que ésta éste ejerciendo sus funciones.

Embriaguez

17. Embriagarse el delincuente o intoxicarse, deliberadamente para ejecutar el delito.

Menosprecio al ofendido

18. Ejecutar el hecho con desprecio de la edad avanzada o de la niñez, del sexo, de la enfermedad o de la condición de incapacidad física o penuria económica del ofendido, según la naturaleza y accidentes del hecho.

Vinculación con otro delito

19. Ejecutar el delito para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para impedir su descubrimiento.

Menosprecio del lugar

20. Ejecutar el delito en la morada del ofendido, cuando éste no haya provocado el suceso.

Facilidades de prever

21. En los delitos culposos, haber ocasionado el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible.

Uso de medios publicitarios

22. Ejecutar el hecho por medio de la imprenta, grabado, cuadros expuestos al público, cinematógrafo, proyecciones luminosas, radiotelégrafo, teléfono, televisión o cualquier otro medio de alta difusión.

Reincidencia

23. La de ser reincidente el reo.

Es reincidente quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado, en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya o no cumplido la pena.

Habitualidad

24. La de ser el reo delincuente habitual.

Se declarará delincuente habitual a quien, habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, cometiere otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido las penas. El delincuente habitual será sancionado con el doble de la pena”.

4.4. El fenómeno de la corrupción privada

“Durante el siglo XX y comienzos del siglo XXI, se han presentado distintas iniciativas para el combate del fenómeno de la corrupción privada. En la mayoría de ocasiones, la casi totalidad de los instrumentos que se señalan se han inclinado por el establecimiento de la responsabilidad social de carácter empresarial, entendiendo de esa manera que aunque no existe una normativa legal en relación a la materia en la sociedad guatemalteca, la empresa, en su compromiso referente a la responsabilidad social, tiene que llevar a cabo la elaboración de una serie de estatutos de un adecuado actuar, para que así se logren evitar conductas corruptas al interior de las empresas y de sus relaciones comerciales en cuanto a otros entes de carácter privado”.²⁷

Entre las acciones de mayor interés tiene que existir la prevención activa y lucha incesante contra la corrupción. Lo que se tiene que asegurar es un compromiso de tipo voluntario por parte de las empresas debidamente fundamentado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. De esa forma, las empresas tienen que adquirir el compromiso de incorporarse a una serie de actividades que llevan a cabo tanto en su país de origen, como también en relación a las operaciones.

4.5. La corrupción privada y los comportamientos desleales

Las actuaciones de corrupción privada pueden tener tratamientos distintos dentro del mundo del derecho. Entre las características que se reflejan en el mundo

²⁷ Molina Mayorga, María Fernanda. **Corrupción privada y sanciones penales**. Pág. 10.

contemporáneo, se tiene que hacer mención de las fronteras que de forma tradicional separaban originalmente el ordenamiento tanto nacional como internacional.

Dicho fenómeno anotado, se presenta de forma igual entre las diversas ramas pertenecientes al derecho, las cuales tiene que ser debidamente interpretadas y aplicarse de forma complementaria y coordinada.

Para un claro entendimiento del alcance legal del interés protegido en el delito en estudio, es necesario llevar a cabo un examen de la materia a la luz del ordenamiento tanto protectora como reguladora, la cual es proveniente del derecho privado, así como de la competencia desleal.

Tanto la regulación penal como la de competencia desleal, buscan el resguardo y protección del sistema de economía de mercado. El estudio de esa clase de competencia permite la clara interpretación del delito de corrupción privada.

Además, el correcto funcionamiento de la economía de mercado necesita de la presencia de diversas instituciones que aseguren la transparencia y la corrección de las actuaciones competitivas del delito de corrupción privada. El correcto funcionamiento de la economía de mercado necesita de la presencia de instituciones que resguarden la transparencia y la corrección del actuar competitivo de los operadores de la economía.

El desarrollo económico del sistema capitalista se fundamenta en la existencia de una competencia que sea permanente entre los diversos operadores económicos con el

objetivo de captar una cada vez mayor cuota de mercado. Desde el punto de vista anotado, se debe contar con el debido ingenio, creatividad, adaptación y calidad de los distintos productos que se le ofrecen a los empresarios, así como de los criterios que tienen que orientar a los consumidores para la adecuada selección de los servicios y productos, determinando a la vez qué empresarios son los que deberán mantenerse y de igual manera ya no encontrarse en el mercado.

La correspondiente evolución del sistema económico dirigida hacia estadios más avanzados y mayormente globales, ha puesto de manifiesto la actual necesidad de brindar protección a la economía de mercado. Si bien en un momento inicial de regulación de la economía las doctrinas liberales clásicas comprendían que el sistema de economía de mercado no necesitaba de intervención alguna por parte del Estado, debido a que sus normas automáticamente se encargan de la corrección de cualquier desviación y con el devenir de la historia y experiencia en la aplicación del modelo, se hizo claro que en la práctica se presentaban distorsiones que tenían que ajustarse para la supervivencia del sistema.

En dicho sentido, las doctrinas económicas que aparecieron a lo largo del siglo XIX, exigían una intervención estatal con el objetivo de ajustar las actuaciones que llevaban a cabo los empresarios en relación a los criterios de lealtad, corrección y buena fe en la competencia por cuotas de mercado. Debido a esas concepciones, se puede comprender que no toda conducta empresarial en términos de competencia tiene validez, sino que tiene que ajustarse a un juicio de corrección y moralidad en los negocios.

El sistema de economía de mercado tiene que indicar el esfuerzo empresarial cuando el mismo se fundamente en condiciones de eficiencia y no tiene por ende que permitir y sancionar aquellas actuaciones que se aparten de criterios de corrección en las negociaciones, tanto desde el derecho de la competencia como también del derecho penal.

La tolerancia de dichas conductas adversas a las buenas costumbres mercantiles, genera distorsiones en la competencia lesionando la economía de mercado y permite que no sean los mejores operadores del mercado quienes prevalezcan, sino aquellos otros que fundamentados en actuaciones inconvenientes finalicen por imponerse.

Debido a ello, la evolución propia de las ideas protectoras del sistema es la que ha permitido la integración de normas jurídicas de derecho comercial que atendieran a las finalidades señaladas, originalmente reconocidas a nivel jurisprudencial mediante la estructura de la responsabilidad extracontractual y después mediante la promulgación de normas jurídicas.

Cuando no se presenta una relación de competencia que sea directa, unida a un perjuicio de carácter patrimonial en contra del ofendido, no se puede comprender infracción alguna al deber de respeto de la competencia.

Después, con el surgimiento de las teorías y doctrinas protectoras del derecho de la época de la posguerra, el derecho que se encargó de brindar protección a la libre competencia ha contado con dimensiones bastante amplias.

El movimiento en el campo de las ideas que establecieron los nuevos criterios orientadores en la materia situó el fundamento del sistema no en la afectación de uno o varios competidores en concreto, como era tradicionalmente con la competencia desleal, sino en la necesidad de brindar protección a la economía de mercado, ampliando con ello de manera bastante considerable su contenido hacia la protección del interés general.

De esa manera, la normativa referente a la competencia desleal en la actualidad se orienta a llevar a cabo un examen de las conductas de los operadores económicos en el mercado y a sancionarlas en caso de que las mismas sean incorrectas y ocasionen o puedan llegar a ser un perjuicio para otros participantes en el mercado, o bien puedan afectar o distorsionar el funcionamiento auténtico del sistema competitivo.

Los comportamientos señalados en la ley tienen la consideración de ser actos de competencia desleal siempre que se lleven a cabo en el mercado y finalidades de concurrencia.

Dichas finalidades se presumen cuando debido a las circunstancias en las que se llevan a cabo, se tiene que revelar de manera objetiva el mantenimiento o incremento de la participación en el mercado de quien lo realiza a través de un tercero.

Por ende, la legislación de competencia desleal consiste en otro mecanismo de derecho privado idóneo para la persecución de conductas constitutivas de corrupción privada. Es indudable que la actuación de un empresario que ofrece a un trabajador o

subordinado de la empresa una ventaja injustificada para la obtención de un favor constituye un acto desleal no permitido en el marco legal y es susceptible de sanción.

4.6. Modelo de propuesta de reforma por adición del Artículo 439 Bis al Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala

Decreto número ____

El Congreso de la República de Guatemala

CONSIDERANDO:

Que la imperante necesidad de una normativa a nivel nacional en materia de transparencia es fundamental para que se permita un adecuado control y la emisión de sanciones en contra de los gestores como reductor del fenómeno de la corrupción y de la generación de confianza de los ciudadanos y de sus instituciones públicas y privadas.

CONSIDERANDO:

Que la manifiesta insuficiencia de mecanismos contra la corrupción desde las empresas guatemaltecas señalan la necesidad de establecer sanciones a los comportamientos corruptos a nivel privado a través del Estado guatemalteco mediante la utilización de sus poderes de intervención económica.

CONSIDERANDO:

Que el sector empresarial consciente de la necesidad de prevención y lucha contra conductas de corrupción tiene que establecer normas jurídicas y obligaciones a los agentes privados que denuncien el incumplimiento de las actuaciones de los directivos y administradores.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

DECRETA:

La siguiente:

**Reforma por adición del Artículo 439 Bis al Código Penal Decreto número 17-73
del Congreso de la República de Guatemala**

Artículo 1. Se reforma el Artículo 439 adicionando el Artículo 439 Bis del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, quedando de las siguientes manera:

Artículo 439 Bis. Corrupción privada. Quien prometa, entregue u ofrezca de manera directa o a través de un intermediario a una persona que desempeñe funciones de dirección, empleados o asesores de una sociedad, fundación o asociación o de trabajo



de cualquier clase para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, dádiva o cualquier beneficio no justificado para esa persona o para un tercero, para que el mismo lleve a cabo o se limite a la realización de un acto incumpliendo sus obligaciones será sancionado con prisión de cinco (5) a nueve (9) años y multa de cien a mil quinientos quetzales. La pena se aumentará cuando la conducta llevada a cabo sea productora de un perjuicio económico en detrimento de la sociedad, fundación o asociación y será de siete a once años de prisión.

Artículo 2. Vigencia. El presente Decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

Remítase al Organismo Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

Emitido en el Palacio del Organismo Legislativo. Ciudad de Guatemala ____ de ____ de ____ mil ____.

PRESIDENTE

SECRETARIO

SECRETARIO



CONCLUSIONES

- 1) El desconocimiento de que la corrupción privada es la desviación del poder de decisión en beneficio de los administradores, empleados o personas cercanas a ellos, así como de las normas que amparan el sistema de libre competencia, no ha permitido la lucha contra la corrupción y que se exija el empleo de instrumentos en el ámbito del derecho penal, corporativo y privado patrimonial.
- 2) La corrupción no sucede solamente en el país, debido a la existencia de asuntos emblemáticos que se presentan en una vertiginosa sucesión y que son una reseña de las manifestaciones de la problemática social, ética y jurídica de actualidad que aunque se origina en sectores en donde la corrupción es a nivel privado, muestran su vinculación con sectores del poder público.
- 3) La inexistencia de una adecuada política criminal cimentada en una correcta definición de los tipos penales, penas adecuadas, ejecución efectiva que robustezca tanto la prevención general como la especial y un sistema que no suponga una fuente de impunidad en la sociedad guatemalteca, no han permitido sancionar a los infractores del delito de corrupción privada.



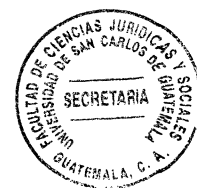
- 4) No existen mecanismos de actuación para la consagración y tipificación de normas penales de corrupción privada, que sean promotoras de un mejor gobierno corporativo empresarial y que aseguren la mayor transparencia en el gobierno de la empresa limitando y controlando las actividades de gestión al interior de las empresas y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

RECOMENDACIONES

- 1) La Convención Interamericana contra la Corrupción, debe dar a conocer que la corrupción privada consiste en la desviación del poder de decisión en el seno empresarial en beneficio de los administradores y de la normativa que ampara el sistema de libre competencia y ello no ha permitido el combate a la corrupción y la utilización de instrumentos en el ámbito penal y patrimonial privado.
- 2) El Estado de Guatemala, tiene que indicar que la corrupción no se presenta únicamente en el país, debido a la presencia de asuntos emblemáticos que señalan una vertiginosa sucesión y son una reseña de la problemática social, ética y jurídica de actualidad, que aunque tiene su origen en la corrupción a nivel privado se relaciona también con sectores del poder público.
- 3) Los fiscales del Ministerio Público, deben señalar la falta de políticas criminales que se cimienten en definiciones adecuadas de tipos penales, ejecuciones efectivas que puedan robustecer la prevención general y especial, así como un sistema que no suponga una fuente de impunidad en la sociedad, siendo ello lo que no permite sancionar a los infractores del delito de corrupción privada.



- 4) El gobierno guatemalteco, debe señalar la inexistencia de mecanismos y de tipificación de normas penales de corrupción privada que promuevan un adecuado gobierno corporativo empresarial y que aseguren la transparencia, limitando las actividades de gestión al interior de las empresas y de responsabilidad penal con que tienen que contar las personas jurídicas.



BIBLIOGRAFÍA

ALVAR EZQUERRA, José Alfredo. **Corrupción y desmoralización**. México, D.F.: Ed. CESCA, 1996.

ARÉVALO GONZÁLEZ, César Antonio. **Corrupción desmedida**. Guatemala: Ed. Mayté, 2001.

ARJONA TRUJILLO, Ana María. **La corrupción: una revisión a la literatura**. Barcelona, España: Ed. Ariel, 2002.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, José Ignacio. **Curso de derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Experiencias, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. **Lecciones de derecho penal**. Madrid, España: Ed. Trotta, 2006.

COBB LOGIN, Mario Estuardo. **Explicando la corrupción**. Bogotá, Colombia: Ed. Estilos, 1999.

GÁLVEZ MEDINA, Carlos Daniel. **Historia del derecho penal**. México, D.F.: Ed. Memorias, 1999.

GHERSI SHEETER, Laura Fabiola. **Corrupción: conceptos, tipos, causas y consecuencias**. Barcelona, España: Ed. Undoc, 2000.

JOHNSTON ALCINA, Michael Stevens. **La corrupción privada y sus efectos en la sociedad y economía**. Madrid, España: Ed. Thompson, 2010.

MALEM SEÑA, Juan Gabriel. **La corrupción y sus aspectos éticos, económicos y jurídicos**. Barcelona, España: Ed. Montevideo, 1998.

MARTÍNEZ IBARRA, Ubaldo Alexander. **Derecho penal**. Guatemala: Ed. Piedra Santa, 2003.

MOLINA MAYORGA, María Fernanda. Corrupción privada y sanciones penales. Madrid, España: Ed. Depalma, 2009.

OROZCO LÓPEZ, Miguel Benjamín. Ámbitos de la corrupción. Barcelona, España: Ed. Laser, 2001.

PESCE LAVAGGI, Eduardo Andrés. Derecho penal. Madrid, España: Ed. Dykinson, 1988.

VALEIJE ÁLVAREZ, Ignacio Remberto. El tratamiento penal de la corrupción del funcionario. Madrid, España: Ed. Cohecho, 1995.

ZARAGOZA AGUADO, Javier Alejandro. Transparencia pública contra la corrupción. México, D.F.: Ed. Tijuana, 1991.

Legislación:

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

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

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

Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Mérida, México, 2003.

Convención Interamericana contra la Corrupción. Caracas, Venezuela, 1996.