

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



**“LA NECESIDAD DE REGULAR EL DELITO DE
SOBORNO INTERNACIONAL EN EL DERECHO PENAL
GUATEMALTECO”**

YONI HUMBERTO MORALES CHIN

GUATEMALA, SEPTIEMBRE 2006

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

**“LA NECESIDAD DE REGULAR EL DELITO DE SOBORNO
INTERNACIONAL EN EL DERECHO PENAL
GUATEMALTECO”**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

YONI HUMBERTO MORALES CHIN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre 2006

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. Cesar Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Hugo Roberto Jáuregui
Vocal: Licda. Gloria Pérez Puerto
Secretario: Lic. Otto Marroquín Guerra

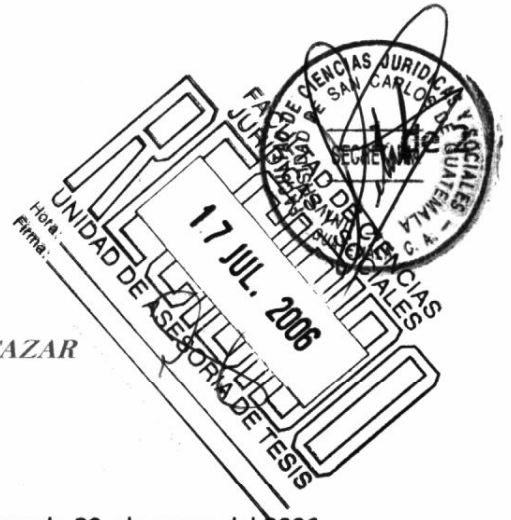
Segunda Fase:

Presidente: Lic. Roberto Echeverría Vallejos
Vocal: Lic. Saulo de León Estrada
Secretaria: Licda. Marisol Morales Chew

Razón: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenidos de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



LICENCIADA
CLAUDINA MIRTALA MIRANDA BALCAZAR
ABOGADA Y NOTARIA



Guatemala 29 de mayo del 2006

Licenciado:

Mario Ismael Aguilar Elizardi
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Distinguido Licenciado Aguilar:

Atenta y respetuosamente me dirijo a Usted, en atención a mi nombramiento de Asesora de Tesis del bachiller **YONI HUMBERTO MORALES CHIN**, intitulado: "**LA NECESIDAD DE REGULAR EL DELITO DE SOBORNO INTERNACIONAL EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO**" y en relación al mismo le manifiesto lo siguiente:

El estudiante acudió a mi asesoría, con muestras indudables de querer hacer un trabajo de calidad, por lo que de inmediato se trabajo con él, en los lugares tanto físicos como virtuales, donde podía recopilar la mayor cantidad de material bibliográfico posible, para este especial tema de actualidad, pues se trata de una figura ilícita internacional que hasta estos momentos empieza a incorporarse en el ámbito americano, con las nefastas consecuencias que como continente hemos padecido, pues su no regulación solo favoreció el incremento de la corrupción en la región, de la cual podemos encontrar innumerables ejemplos.

El Capítulo I obligadamente debía entonces referirse al tema central del que se desprende el trabajo de tesis. el fenómeno de la corrupción y que el sustentante logró en forma sintética pero no por ella superficial, hacer un estudio desde el área social y de ahí matizar lo diverso del fenómeno y su crecimiento hasta captar la atención de los diversos organismos internacionales, concluyendo con la regulación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

En el Capítulo II se consideró conveniente ir induciendo el tratamiento del fenómeno corrupción al área penal, su relación con ella, como es que nuestro derecho penal carente de la figura del Soborno Internacional y otras más contenidas en la Convención Interamericana, ha hecho frente a este tipo de criminalidad, por supuesto referida a personas nacionales e individuales. Para ello realizó, con la supervisión directa de la suscrita, un análisis de los elementos típicos de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, que puede servir de material para los cursantes de derecho penal III, donde se conocen dichas figuras delictivas.

Avenida Reforma 8-60 Zona 9
Edificio : Galerías Reforma
Oficina: 702 Torre II 7º. Nivel
Guatemala , Centro América

Tels. 23325988 * 23325999
Telefax: 2332-5988
Celular: 54148276
e-mail: cmiranda@seicmsj.gob.gt



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciocho de julio de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (a) HUGO ROBERTO JÁUREGUI**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **YONI HUMBERTO MORALES CHIN**, Intitulado: **"LA NECESIDAD DE REGULAR EL DELITO DE SOBORNO INTERNACIONAL EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO"**.

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.


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



cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh



LICENCIADA
CLAUDINA MIRTALA MIRANDA BALCAZAR
ABOGADA Y NOTARIA

En el Capítulo III y como presupuesto para poder hablar de el delito de Soborno Internacional, el estudiante investigó dentro de las formas de participación del delito, el de la coautoría jerárquica organizada, tanto en su variante de empresa como de criminalidad común, es decir la denominada Delincuencia Organizada, con el especial desarrollo que en la doctrina ha tenido la autoría intelectual en este tema. Superada esta dificultad se decidió en forma conjunta con el sustentante analizar por medio de la descripción y análisis de los elementos que conforman el tipo objetivo y subjetivo del delito de Soborno Internacional, para que simultáneamente se hiciera una descripción de la figura que pudiera concretarse en una propuesta de ley, para ser discutida para nuestro país.

Como corolario de dicho trabajo de tesis, presenta el sustentante sus conclusiones y recomendaciones en torno a la problemática analizada, razones todas que permiten a la suscrita emitir opinión favorable y dar un dictamen positivo para que este trabajo, que ha cumplido con los requisitos del Reglamento respectivo, pueda seguir su trámite previo a su defensa en el examen público de tesis.

Sin otro particular me es grato suscribirme,

Deferentemente,

Licda. Claudina Mirtala Miranda Balcazar
Abogada y Notaria
Colegiado: 6,127

LICENCIADA
CLAUDINA MIRTALA MIRANDA BALCAZAR
ABOGADA Y NOTARIA

Avenida Reforma 8-60 Zona 9
Edificio : Galerías Reforma
Oficina: 702 Torre II 7º Nivel
Guatemala , Centro América

Tels. 23325988 * 23325999
Telefax: 2332-5988
Celular: 54148276
e-mail: cmiranda@seicmsj.gob.gt



JAUREGUI & ASOCIADOS
BUFETE ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL

2ª Avenida 3-08 Zona 1, Guatemala Tels. 22325940 – 22306607 e mail: hugrojauregui@yahoo.es



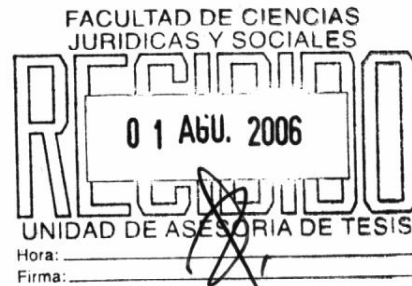
Guatemala 01 de agosto del 2,006

Licenciado:

Marco Tulio Castillo Lutín

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



Estimado Licenciado:

Por medio de resolución emitida por esta Unidad, se me designó como Revisor del trabajo de tesis del bachiller YONI HUMBERTO MORALES CHIN, intitulado: LA NECESIDAD DE REGULAR EL DELITO DE SOBORNO INTERNACIONAL EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO.

Al estudiante en mención se le brindó la asesoría adecuada a este tipo de trabajo, de conformidad con los altos fines de excelencia académica y profesional que persigue nuestra casa de estudios. Es motivo de particular satisfacción al revisar el presente trabajo el percatarme de lo actual y relevante del problema escogido por el bachiller Morales, así como el esfuerzo que realizó para poder contar con el material más actualizado y relevante en materia de Soborno Internacional.

La ausencia total de una regulación jurídica en cuanto a esta figura delictiva y ya que el tema de la corrupción esta totalmente ligado con el derecho penal, por el cual debe de existir el bien jurídico tutelado, siendo en este caso el valor, derecho o bien social que trasciende al existir la posibilidad cierta de ser afectado por las conductas sociales.

El trabajo inicia con un Capítulo I dedicado al tema de la corrupción, su conceptualización y la percepción social de la misma; el problema en las ciencias sociales, así como la relación entre corrupción y delincuencia organizada y su relación con la ética.



JAUREGUI & ASOCIADOS
BUFETE ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL

2ª Avenida 3-08 Zona 1, Guatemala Tels. 22325940 – 22306607 e mail: hugrojauregui@yahoo.es



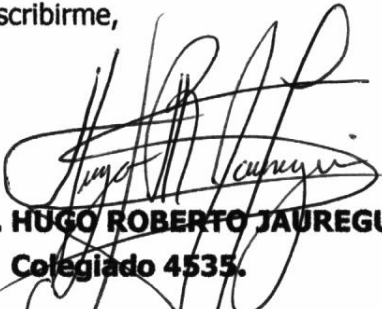
En el Capítulo II el estudiante innova su plan original de tesis bajo la asesoría de este servidor e incluye lo relativo a la corrupción y su regulación legal. El capítulo inicia haciendo un planteamiento político criminal de este fenómeno, así como su regulación legal y definiendo el bien jurídico tutelado, haciendo una concreción del mismo; finalizando con la descripción desglosada de los delitos relacionados al tema contenidos en el código penal guatemalteco.

En el Capítulo III el sustentante hace un análisis del delito de soborno internacional, lo conceptualiza y hace mención de la política criminal de la Unión Europea para hacer frente a la criminalidad de empresa y de la criminalidad organizada, y trata la influencia de esta política criminal de este Órgano internacional en la materia dentro los ordenamientos de los estados miembros. En base a los temas enfocados en los dos capítulos anteriores, presenta el sustentante un anteproyecto del delito de soborno internacional y su análisis doctrinario.

Finaliza su trabajo emitiendo las conclusiones y recomendaciones surgidas durante el trabajo de investigación y redacción de su tesis, citando así mismo todas las fuentes utilizadas; para que futuras generaciones de estudiantes puedan hacer uso de las mismas, y este trabajo constituya un soporte de los cursos de especialización penal y sirva de inspiración para legislar el delito de soborno internacional en nuestra legislación penal.

El presente trabajo llena los requisitos mínimos establecidos en la Reglamentación Universitaria pertinente, por lo cual se le otorga el dictamen favorable de Revisión, para que se continúe su trámite a efecto de ser presentado en el examen Público de Tesis.

Sin otro particular me es grato suscribirme,
Deferentemente:


LIC. HUGO ROBERTO JAUREGUI
Colegiado 4535.

Lic. Hugo Roberto Jauregui
ABOGADO Y NOTARIO



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES.** Guatemala, veintiuno de agosto de dos mil seis. -

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del (la) estudiante **YONI HUMBERTO MORALES CHIN**, titulado **LA NECESIDAD DE REGULAR EL DELITO DE SOBORNO INTERNACIONAL EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO**, Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/silh



DEDICATORIA

A DIOS:

Luz divina que me iluminó en la senda del fructificar mi pensamiento con su sabiduría.

A MIS PADRES:

JORGE HUMBERTO MORALES HERRERA Y MARTA LUZ CHIN DE MORALES
Que el éxito hoy alcanzado, se convierta en una recompensa y un estímulo por los esfuerzos que han realizado para la cristalización de mis ideales.

A MIS ABUELITAS:

BERNANDINA CHIN. Por su ayuda, cariño y todo el apoyo.
+ JOSEFINA HERRERA. Dios la tenga en su gloria.

A MI ESPOSA:

EVILE MARISOL TORRES DE MORALES
Gracias por tu apoyo incondicional, tus consejos, tu dedicación, tu cariño, “te amo”.

A MIS HIJOS:

YONI AARÓN Y WAGNER HUMBERTO
Por ser la base de mi inspiración para alcanzar este triunfo.

A MIS HERMANOS:

VINICIO, WILLIAN, MARISOL y especialmente a JORGITO
Con cariño fraternal.

A MIS TIOS Y PRIMOS:

Con el respeto que se merecen, por sus consejos.

A MI TIO:

+ EULALIO MORALES Quien ha sido fuente de inspiración en el mundo del derecho.

A MIS SUEGROS:

SALVADOR TORRES Y EVA SANDOVAL DE TORRES
Por todo el cariño y apoyo que me han brindado.

A MIS AMIGOS: Lic. DAVID CHOPÉN y ERICK GALVAN: Por sus sabios consejos.

A MI COMPADRE: M.A. LUIS FERNANDO RUIZ RAMÍREZ: Por su apoyo incondicional.

A LA GLORIOSA Y TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Especialmente a mi Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, así como a sus docentes por enriquecer mis conocimientos.

A GUATEMALA,

Mi patria, a la que dignamente representaré serviré como profesional del derecho.

ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Corrupción	1
1.1. Concepto de corrupción	1
1.1.1. La percepción social de la corrupción	2
1.1.2. El problema en las ciencias sociales	4
1.2. Corrupción y delincuencia organizada.....	11
1.2.1. Delimitaciones conceptuales.....	12
1.2.2. Evolución en el tratamiento conceptual del tema en el Sistema de Naciones Unidas.....	16
1.2.3. Consecuencias de la corrupción	18
1.3 La corrupción y la ética.....	20

CAPÍTULO II

2. Corrupción y su regulación	35
2.1 La corrupción y el derecho penal	35
2.2 Planteamiento político criminal del fenómeno de la corrupción.....	35
2.3 Derecho penal y política criminal.....	37
2.4 Regulación de la corrupción en Guatemala	42
2.4.1. Bien jurídico tutelado en los delitos de corrupción	42
2.4.2. La exigencia de una concreción del bien jurídico.....	50
2.5 Delitos contenidos el código penal	54
2.6 El abuso de autoridad.....	57
2.6.1. Definición.....	57
2.6.2. Elementos.....	57
2.6.3. Incumplimiento de deberes	58

	Pág.
2.6.3.1. Definición.....	58
2.6.3.2. Elementos.....	58
2.6.4. Desobediencia de funcionario o empleado público.....	58
2.6.4.1. Definición.....	58
2.6.4.2. Elementos del tipo.....	59
2.6.5. Denegación de auxilio.....	60
2.6.5.1. Definición.....	60
2.6.5.2. Elementos.....	60
2.6.6. Revelación de secretos.....	60
2.6.6.1. Definición.....	60
2.6.6.2. Elementos.....	61
2.6.7. Resoluciones violatorias de la Constitución.....	61
2.6.7.1. Definición.....	61
2.6.7.2. Elementos.....	61
2.6.8. Detención Irregular.....	63
2.6.8.1. Definición.....	63
2.6.8.2. Elementos.....	63
2.6.9. Anticipación y prolongación de funciones públicas.....	66
2.6.9.1. Definición.....	66
2.6.9.2. Elementos.....	66
2.6.10. Abandono de cargo.....	67
2.6.10.1. Definición.....	67
2.6.10.2. Elementos.....	68
2.6.11. Abandono colectivo de funciones, cargos o empleos.....	68
2.6.11.1. Definición.....	68
2.6.11.2. Elementos.....	69
2.6.12. Infracción de privilegio.....	69

	Pág.
2.6.12.1. Definición.....	69
2.6.12.2. Elementos.....	69
2.6.13. Nombramientos ilegales.....	70
2.6.13.1. Definición.....	70
2.6.13.2. Elementos.....	70
2.6.14. Usurpación de atribuciones.....	70
2.6.14.1. Definición.....	70
2.6.14.2. Elementos.....	71
2.6.15. Violación de sellos.....	71
2.6.15.1. Definición.....	71
2.6.15.2. Elementos.....	71
2.6.16. Falsedad de despachos telegráficos.....	72
2.6.16.1. Definición y elementos.....	72
2.6.17. Allanamiento ilegal.....	73
2.6.17.1. Definición.....	73
2.6.17.2. Elementos.....	73
2.6.18. Autorización ilegal de matrimonio.....	73
2.6.18.1. Comentario sobre tipificación.....	73
2.6.18.2. Elementos.....	74
2.6.19. Celebración ilegal de matrimonio.....	74
2.6.19.1. Comentario.....	74
2.6.19.2. Definición.....	75
2.6.19.3. Elementos.....	75

CAPÍTULO III

3. Delito de soborno internacional.....	77
3.1 Conceptualización del delito de soborno internacional.....	77
3.2 La política criminal de la Unión Europea para hacer frente a la criminalidad de empresa y a la criminalidad organizada. (Derecho comparado).....	85

3.2.1. Influencia de la política criminal de la Unión Europea en materia de criminalidad de empresa y criminalidad organizada en los ordenamientos de los Estados miembros	92
3.3 El delito de soborno internacional.....	97
CONCLUSIONES	101
RECOMENDACIONES... ..	103
ANEXOS.....	105
BIBLIOGRAFÍA.....	107

INTRODUCCIÓN

Guatemala en el presente caso, al haber ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción, donde se compromete a realizar una serie de cambios normativos, en los que se incluyen la creación de diversos tipos delictivos para combatir el fenómeno corrupción y el que aqueja en nuestro país, se encuentra el delito aún no tipificado por nuestra legislación de soborno internacional.

Para poder describir el soborno internacional, establecemos que es la acción que cometen los funcionarios públicos que se enriquecen con ocasión o en aprovechamiento ilícito del ejercicio de su cargo que ocupan o gozando de las ventajas y facilidades que el mismo les da, acciones que en la vida diaria han sido ejecutadas por las autoridades del país en detrimento de la población y en riesgo del mismo sistema democrático de gobierno, y es por ello que el analizar el alcance naturaleza y efectos jurídicos que la figura de soborno internacional implica la necesidad de incorporarla a nuestra legislación son razones suficientes que justifican este trabajo de investigación.

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

El tema de la corrupción esta totalmente ligado con el derecho penal, por el cual debe de existir el bien jurídico tutelado en este caso es el valor, derecho o bien social trascendente que al existir la posibilidad cierta de ser afectado por las conductas sociales.

Al terminar el presente trabajo, después de describir el soborno internacional, en su último capítulo tratando de una criminalidad organizada y criminalidad de empresa, se concluye definiendo soborno transnacional con sus respectivas penas: La persona individual o colectiva que ofrezca a un funcionario público de otro Estado directamente, o en forma indirecta por parte de un nacional, residente habitual o empresa domiciliada en el territorio del país, cualquier objeto

de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionando con una transacción de naturaleza económica o comercial. Será sancionada, si se trataré de una persona física con una pena de cinco a doce años de prisión y una de multa en quetzales equivalente al monto del soborno que se dio o se ofrecía dar. Si se trataré de personalidad jurídica se le impondrá la cancelación de su personalidad jurídica y una multa equivalente al doble del soborno que se haya o hubiese pretendido realizar.

Con el presente trabajo se insta a regular el delito anteriormente mencionado y a no cometerlo en alguna fase de nuestra carrera como profesionales del derecho u ocupando cargos públicos.

EL AUTOR

CAPÍTULO I

1. Corrupción

1. 1 El concepto de corrupción

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

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

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

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

De ello resulta además que: “El análisis de la interrelación entre conocimiento e interés debería apoyar la afirmación de que una crítica radical del conocimiento sólo es posible en cuanto teoría de la sociedad”.¹ Sobre esta base se despliegan dos perspectivas en función del análisis de la corrupción. Una que la concibe desde una visión técnica y la otra, que la considera como un problema ético y político, emergente de conflictos históricos presentes en la sociedad.

1.1.1 La percepción social de la corrupción:

Considerado como tema exclusivo de la crónica y del ensayo periodístico, la sociedad puede imaginarse con una trama, conformada y renovada constantemente por la integración de muchas actividades diferentes. Aunque cada una de ellas tiene su propia sustancia, incluye los actores sociales correspondientes y sus espacios propios, todas ejercen una influencia recíproca. Pero algunas son preponderantes y determinan muchos rasgos de las restantes. Hay, por ejemplo, un lugar de la producción, los productores, sus intercambios, los servicios necesarios y el conjunto de los procedimientos que constituyen la base del sistema de las relaciones económicas. El cuadro se repite respecto de cualquier otra actividad social. Hay también un espacio específico destinado a la enseñanza, la investigación, el análisis o la crítica, llenado por la actividad de las universidades y las restantes instituciones educativas culturales. Tiene una influencia enorme, por su función de aportar el conocimiento socialmente necesario. La sociedad produce una explicación acerca de todo y existen quienes formulan y debaten esas explicaciones.

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

¹ Habermas, Jürgen, “*Conocimiento e interés*”, Taurus, Madrid, 1982, Pág. 9

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

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

Si se acepta este desplazamiento como provisorio punto de partida del análisis, también podrá admitirse que está enmarcado dentro de un proceso mayor, pero análogo, signado por una suerte de corrimiento del protagonismo social. Los políticos son estrellas de la farándula; actores, cantantes, deportistas, invaden a su vez la política. Los magistrados avanzan sobre la actuación y la publicidad y, finalmente, el periodismo parece dedicarse a la ciencia social. Todo sucede como si, ante una suerte de abandono de los espacios públicos por los actores naturales, estos ámbitos fueran ocupados por personajes sociales provenientes de otros círculos, que emplean en su acción las pautas propias de un oficio extraño a la naturaleza de las cosas. La regla social parece de hierro: alguien debe asumir la cuestión y, si no fuera quien corresponde, será otro el que lo haga.

Pero hay algo peculiar, que va más allá del corrimiento o del reemplazo de actores sociales. Está signado por el tono general de frivolidad instalado en el centro de la escena social y política y que parece regir la actuación de sus personajes. Se configuran así un marco, un estilo y un lenguaje propicios para que la sociedad compruebe, con cierto abatimiento, la presencia creciente de la corrupción y responda a ello con demandas de transparencia, que son fuertes en el nivel del reclamo. Pero difusas en su contenido.

No puede resultar extraño que la corrupción sea presentada como tema sin autonomía, vinculado y remitido permanentemente al análisis político, o como capítulo de este. Conviene recordar que siempre fue así, tal como ocurriera con personajes sudamericanos de la talla de Scalabrini Ortíz, Arturo Jauretche, Carlos Emèrito González, Rogelio García Lupo, Menen y tantos otros, o como sucediera en el medio guatemalteco recientemente con el gobierno del

Frente Republicano Guatemalteco, en casos como el de la “Conexión Panamá”, el del desfalco del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y otros.

La problemática de la corrupción tiene más que ver con formas determinadas de hacer política y con estructuras más profundas de la sociedad, que con la crónica policial, la infiltración que la criminalidad organizada realiza en las estructuras estatales es predominantemente sensible en países de corta trayectoria democrática, entre estos los latinoamericanos han dado muestra de ser de los más sensibles a este fenómeno, que inicia precisamente cuando los sectores acomodados de poder son los que se encargan de la transición de gobiernos defectos a los nuevos modelos democráticos, a tal punto que, casi toda Latinoamérica arrastra hoy en día casos de corrupción en donde los implicados son las más altas autoridades de gobierno, Guatemala, Costa Rica, Chile, Argentina, Perú, Bolivia y otros, que incluso han llegado a crisis económicas, de altas repercusiones y que políticamente han optado en castigo al desencanto democrático de los Partidos Tradicionales en buscar la solución a sus problemas en opciones políticas caudillistas, populistas y/o nacionalistas generalmente de izquierda social y antiimperialista, como lo demuestran países como Argentina, Perú, Paraguay y recientemente Bolivia.

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

1.1.2 El problema en las ciencias sociales

Mientras tanto parece que, salvo excepciones, las instituciones de las ciencias sociales siguen en mora con el tema y con la sociedad. Ciertamente, la ciencia requiere más tiempo para alistar su discurso. Pero, al margen de la constatación, sería interesante y valioso debatir tanto los

motivos por los cuales las ciencias sociales tiene dificultades para asimilar y analizar un tema como éste, como también las razones simétricas: aquellas por las cuales la sociedad admite el silencio académico, como si no esperara nada desde ese lado.

Así resulta que el periodismo cubre, en una forma aparentemente impropia, el vacío en el debate público alrededor del punto. Decimos impropia en el sentido aludido de que este despliegue parece emerger disimulando la pasividad de otros actores sociales, ocupando el espacio que éstos abandonan.

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

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

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

Visto hacia adentro, el silencio de las ciencias sociales tiene un contenido y un significado que se abren en abanico. En un sentido, expresa la desatención de un proyecto de saber. Por el otro, manifiesta el abandono de un proyecto de poder. Esto se materializa de un lado, en el silencio que se guarda respecto de lo que no se quiere o no interesa saber. Pero asimismo, se trata

de un callarse o abstenerse sobre cosas que, a pesar de percibirse como problemáticas, generan una creencia pesimista sobre las posibilidades de organizarse acerca de ellas.

Lo que las ciencias sociales no quieren saber se encuentra determinado por los intereses que movilizan el conocimiento en una sociedad: aquello que el saber institucionalizado se plantea, recibe o acepta como problema y, por lo tanto, se encamina a resolver. Ese proceso significa, por la negativa, el descarte de lo que no interesa conocer.

A los fines prácticos, admitir que un saber no es socialmente importante, contiene la afirmación de que su contenido tampoco es un problema. Las respuestas que la ciencia social ofrece actualmente sobre el tema de la corrupción parecen en algunos casos anacrónicos y, en otros, insuficientes. Están montadas sobre una consideración del tema como una de la vida cotidiana. Como si se tratara de episodios pertenecientes a la crónica policial, género que, por compartir todas estas características, sería también menor. La corrupción es mirada, desde estas perspectivas limitadas, como una suerte de desajuste endémico de la economía, o se la disuelve en las sociologías de la desviación. Por lo general, las respuestas provenientes de la criminología resultan oblicuas, porque el tema queda incluido dentro de los análisis dogmáticos de criminalidad económica cuando, en realidad, debiera ser al revés. Contribuyen a esta concepción la antigüedad y universalidad del fenómeno.

Por el otro extremo, desde algunas posturas declaradamente ideológicas se niega importancia a la cuestión, a partir de una previa y total calificación de corrupto de todo el sistema capitalista, del cual pasaría a ser entonces sólo una derivación menor. No resultará entonces necesario agregar explicación alguna; su presencia sería inherente a éste.

Pero la historia ha demostrado la insuficiencia de esta clase de argumentos, al verificar que también ha existido la corrupción antes del capitalismo, en los regímenes socialistas y, en general, bajo todas las formas de agrupación humana, Estado o de gobierno

Lo curioso es que esta falta de respuesta se transforma en un criterio funcional. A partir de estas imágenes de hecho atípico que irrumpe, de algo que, aunque grave no deja de ser circunstancial, los análisis presentan la corrupción como un punto de partida de reflexiones superficiales y ocasionales y no como el resultado de procesos más profundos de la sociedad. Se desarrolla así toda una literatura enderezada al ofrecimiento de soluciones prácticas, de nivel y tono similar al lenguaje de autoayuda.

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

La funcionalidad de las respuestas banales o dogmáticas radica en su utilidad para desfigurar los hechos, porque los traslada a cuestiones de opinión, tornándolos difusos, discutibles, y haciendo desaparecer la historia real y las responsabilidades sociales. Ello causa la sensación de que no hay un interés social en desarrollar el conocimiento del tema. El análisis que propiciamos no pretende aclarar de una vez y para siempre lo relativo a la corrupción. Solo intentamos desarrollar un criterio, tratar de saber de qué se está hablando, identificar los problemas para apreciar que deben ser resueltos.

Lo que las ciencias sociales suponen no poder saber se presenta vinculado a ciertas ataduras metodológicas. Se apoyan en limitaciones derivadas de la organización administrativa de las formas y prácticas del conocimiento vigentes que les impiden hacerse cargo de alguna cuestión. En este caso, han resultado víctimas de algo que podríamos llamar la venganza del método. Habitadas a la copia irreflexiva del paradigma triunfante de las ciencias naturales, han venido echando mano en mayor o menor medida, al recurso de pretender explicar la realidad mediante su traducción a modelos matemáticos. La consecuencia es obvia,

Como la corrupción es una realidad necesariamente oculta, de allí procede una esencial dificultad para pretender formular explicaciones o desarrollar un conocimiento sobre la base de la búsqueda estadística, o la aplicación de modelos matemáticos. Nada de esto puede ser construido a partir de una “cifra negra”. El caso es un ejemplo claro de la forma en que la organización social del saber y de los métodos científicos opera también como herramienta política.

En otro nivel de esa misma concepción metodológica, que afirma una heterogeneidad radical entre pensamiento y realidad, no se encuentra sentido al esfuerzo por intentar pensar el tema. Hay una confesión implícita en la elección de los métodos; se concreta en el descreimiento de los intelectuales sobre los alcances de su propio oficio porque, en los hechos, no pueden reconocerles eficacia política. A veces parece que el ejercicio de las ciencias sociales ha quedado relegado a una suerte de tarea de reciclado del saber y su transmisión de profesores a alumnos, sin querer juzgar para qué sirve, ni intentar crearle un sentido. Han quedado muy atrás aquellas imágenes.

El pensamiento era secundario al discurso, pero discurso y acción se consideraban coexistentes iguales, del mismo rango y de la misma clase, lo que originalmente significó no sólo que la mayor parte de la acción política, hasta donde permanece al margen de la violencia, es realizada con palabras sino algo más fundamental, o sea, que encontrar las palabras oportunas, en el momento oportuno es acción, dejando aparte la información o comunicación que lleven. Sólo la pura violencia es muda, razón por la que nunca puede ser grande².

En este marco y a pesar de haber sido considerado una especie de género menor por sus explicables pero no indefectibles faltas de objetividad, de verificabilidad empírica y de marco teórico, el periodismo va ocupando el vacío dejando por las ciencias sociales. Pudo ir más allá porque, a pesar de todo, sus métodos le permiten acceder y procesar una información que las ciencias sociales ya no saben cómo manejar.

² Hannah Arendt, “*La condición humana*”, Editorial Piados, Barcelona 1993 Pág. 39

No puede argumentarse en su defensa que el tema de la corrupción sea algo reciente para la sociología o la criminología. Con algunos precedentes, fue inaugurado en este mismo sentido por Edwin Sutherland en el año 1939, bajo el título de White Collar Crimen. Con este término definió a los “delitos cometidos por personas de respetabilidad y status social elevado, en el curso de su ocupación”. Las ciencias sociales de los Estados Unidos satisfacían una exigencia de la sociedad, precisamente en los comienzos de la segunda guerra mundial. Las transformaciones que exigía la coyuntura marcaban el momento adecuada para iniciar el debate social y académico sobre la transparencia en los negocios.

Aparecería un campo novedoso de estudio, aplicado en un principio a tres objetos; las infracciones de los empresarios importantes y las grandes corporaciones, las de los políticos y aquéllas de los profesionales vinculados, en todos los casos, al ejercicio de sus actividades. La investigación acompañaba una necesidad social profunda: pasar de un capitalismo convencional a una industria de guerra, en la que no había lugar para el fraude.

La comparación es obvia: en nuestro caso las instituciones de política criminal y el pensamiento académico no contienen a la sociedad, que los sobrepasa a través de las demandas periodísticas porque, por los motivos que fuere, han sido incapaces de formular el problema, y por lo tanto, de plantearse soluciones.

Cuando se afirma que el periodismo lleva adelante el tema en forma casi exclusiva e impropia, no hacemos referencia a una modalidad particular de análisis, en el sentido de estilo, sino que aludimos al hecho de que está cubriendo un espacio de publicidad en el sentido de una esfera que se vincula a la cosa pública, a la discusión de los ciudadanos que no le compete originariamente, sino que, en principio, corresponde a otras instituciones. Y bienvenida sea la cobertura.

Es que, aunque algunas veces haya estado a su servicio, como en la “solución final” de la Alemania nazi, o la bomba atómica, la ciencia siempre se llevó mal con el crimen. Rige aquí un supuesto tácito por el que, a partir de la concepción tecnócrata, se tiende a concebirlo como marginal, porque no puede ser sujetado a lo que se considera las leyes de la ciencia o de la

historia. Curiosamente, la criminología no ha podido nunca elaborar una explicación causal a la pregunta sobre porqué alguien viola la ley. Es claro que éste es el tema del poder y exige entonces hacer un esfuerzo para reconocer la presencia de una voluntad humana que se realiza a través de las historias concretas. No hay lugar aquí para la historia absolutamente impersonal de la que habla Engels. Es evidente que en el crimen podemos reconocer a hombres que se alzan contra todo el orden, tal vez éste sea el motivo de la simpatía que algunos criminales despiertan a la gente. No es otra cosa que la figura popular del bandolero social, o los llamados rebeldes primitivos, o las denominadas con una expresión no exenta de un toque de menosprecio “formas prepolíticas”, Pero, sin embargo, vistas las cosas de esta manera, la historia de la humanidad está llena de criminales que triunfaron.

Sin ir tan lejos, las investigaciones sobre el crimen de cuello blanco han puesto en evidencia datos sobre la impunidad de la que gozan fuertes actores económicos, cuyo comportamiento excede largamente los carriles de la economía convencional. Ello permite trasladar al campo de la economía las mismas consideraciones, pero en sentido inverso, afirmando que no todo puede ser explicado exclusivamente a partir de la ciencia económica, entendida de una manera superficial e ingenua. Muchas veces el éxito en el mercado es resultado de variables extraeconómicas, para no llamarle criminales. Los logros empresariales de los carteles de la droga se basan en una adecuada combinación de ambos elementos.

Parece que la criminología también hubiera abandonado esa dimensión del poder que nunca dejan de lado los grandes criminales. En efecto, para poder afrontar temas como éste tal vez sea necesario imaginar las ciencias sociales de otra manera, recuperando el concepto olvidado de totalidad y vinculando nuestro objeto y también nuestro trabajo con ella.

Debe entrarse en un análisis crítico de las visiones de la ciencia que renuncian a concebir el conocimiento como una síntesis entre los hombres y su realidad, lo que le suscita, además, un compromiso ético. Ese conocimiento no es un hecho fortuito; debe ser desarrollado en la tensión entre pensamiento y realidad.

De aquí resulta la explicación de los motivos por los cuales estas visiones, que se fundan en teorías analíticas de la ciencia y pretenden obtener una definición del conocimiento previa al conocer mismo, son incapaces de generar un saber reflexivo. La concepción actual de la verdad como copia de una realidad heterogénea que estas perspectivas adoptan, no sirve en nuestro campo particular porque toda investigación sobre corrupción salpica e involucra, en la medida en que contiene necesariamente una crítica a la sociedad que se analiza, y desde la que el análisis es realizado, por lo que no puede ser considerada como si fuera un dato exterior o un hecho natural o neutral.

Sospechando la debilidad de estas argumentaciones, el periodismo no se conformó con la crónica. El cuadro moderno de los ensayos se inaugura, en países como Argentina con obras como “Asalto a la Ilusión” de Morales Sol y “Por qué cayó Alfonsín”, de Majul. Tuvo un desvío provinciano en los rebotes del caso María Soledad Morales, que analizaron Catamarca, de Morandini, y “No llores por mí Catamarca”, de Rey y Pazos. La explosión que produce Verbistky con “Robo para la Corona” completó, en forma más analítica, el escenario que había descrito.

“El Octavo Círculo”, de Cerruti y Ciancaglini, lo que redondearon luego “Los Dueños de La Argentina”, y “Todo Tiene Precio”. Posteriormente aparecieron “La Corrupción”, de Mariano Grondona y “En Defensa Propia”, de Moreno Ocampo, que prefirieron mantenerse dentro de un estilo más próximo al ensayo periodístico. En esta misma línea siguieron, desde el periodismo, “El Jefe, Hacer La Corte y el Narcogate” y tanto otros. Este marco sirve de fondo permanente al contenido de las crónicas y editoriales políticos de todos los medios de comunicación de ese país.

1.2 Corrupción y delincuencia organizada

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

Numerosas sociedades a través de la historia, se han visto afectadas en su desarrollo, por funcionarios gubernamentales corruptos que en forma vanal, se han aprovechado de la posición que ocupan dentro de la administración pública para obtener provecho personal. Sin embargo, en las últimas décadas, se ha observado cómo este fenómeno ha proliferado alarmantemente en algunos países, hasta tornarse en un inevitable componente cuasi-estructural de la administración pública. Ha minado de esta forma, la confianza y la credibilidad en gobernantes y gobiernos y ha generado un cinismo y un oportunismo considerable en medio de la ciudadanía que tienen como consecuencia la incapacidad de los Estados de alcanzar el bienestar de la comunidad; la estabilidad económica y la prosperidad.

1.2.1 Delimitaciones conceptuales

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

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

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

Se agravan aquellos delitos en que participan dos o más individuos bajo la promesa de auxilio recíproco (conspiración, banda, cuadrilla, asociación ilícita y organizaciones delictuales de hecho o de derecho tales como las mafias, la camorra, los carteles, la Yakuza y el terrorismo).

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

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

En tanto, la delincuencia transnacional organizada es el producto de las infracciones cuyo inicio, consumación o efectos directos, abarcan a más de una jurisdicción nacional. Se cometen invariable y exclusivamente en el plano transfronterizo. Generalmente, parte de las operaciones se realizan a nivel local, (Ejemplo: cultivo y procesamiento de la droga; enganche de emigrantes indocumentados) y parte a nivel internacional (distribución de los bienes, drogas, o trata internacional de personas). Cabe agregar, así mismo que hay dos modalidades en la delincuencia transnacional organizada a saber: la denominada Convencional³, que abarca aspectos como la droga, la trata de personas, defraudación tributaria piratería y contrabando de bienes, vehículos etc. (ver anexo 1)

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

³ Clasificación tomada del artículo “*Corrupción: Eje fundamental sobre el que descansan las formas de crimen organizado*” Cristina Rojas Rodríguez. Revista Forum www.altavista.com

modalidades de delitos típicos del crimen nacional y transnacional organizado. Es lo que los hace posibles. Cada vez que se consuma un hecho delictivo del tipo analizado⁴, bien sea por comisión, omisión o comisión por omisión, hay una función pública violentada .

Algunas de las múltiples formas que puede adoptar son:

- ◆ Aceptación de dinero, recompensas o regalos por el otorgamiento o adjudicación de un contrato, violación de las etapas procedimentales para acelerar la consecución de intereses personales (pueden incluir el retraso en la ejecución de ciertos programas de desarrollo, trazado de caminos y carreteras, etc.)
- ◆ Subvenciones a cambio de la promulgación de legislación interesada.
- ◆ Distracción de recursos públicos para uso privado.
- ◆ Distracción de recursos públicos para fines político-electorales (financiamiento de actividades político-partidarias y provisión de empleos (botellas) a la clientela particular de determinado grupo político)
Intervención ilegítima en la resolución de procesos judiciales.
- ◆ Impunidad sistémica.
- ◆ Nepotismo.
- ◆ Tráfico de influencias y mantenimiento de privilegios e incentivos odiosos que favorecen normalmente a las clases gobernantes y socialmente poderosas.
- ◆ Establecimiento de sobrepagos en la ejecución de proyectos.
- ◆ Recolección y fraudes tributarios, etc.

⁴ Consulta electrónica sitio web [http:// www.revistaprobidad.info](http://www.revistaprobidad.info)

En la corrupción organizada, funcionarios de aduana y/o de control de puestos migratorios, participan necesariamente en los ilícitos relacionados con los diferentes tipos de tráfico internacional, a saber: el contrabando, el tráfico de drogas, mercancías robadas, el tráfico de desechos nucleares, el de armas y explosivos, etc. Es frecuente en este tipo de delitos que las diferentes clases de organizaciones criminales, sean dueñas a su vez de empresas de transporte y/o de importación y exportación.

Corrientemente, autoridades locales de los cuerpos de investigación y prevención policial, de migración y extranjería y, en algunas oportunidades, de los ministerios o secretarías de trabajo, están relacionados con la falta de prevención y/o control en la trata de seres humanos y su respectiva explotación física, ya sea en forma de prostitución a manos de organizaciones delictivas, o bien de patronos inescrupulosos que los emplean como trabajadores sin garantías, baratos e indocumentados.

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

No debemos olvidar mencionar que, a fin de garantizar su impunidad, la criminalidad organizada debe socavar el Estado de derecho imperante, y estimular la corrupción judicial.

Una característica de la delincuencia organizada y la corrupción por ejemplo en Costa Rica en la actualidad, es que, generalmente, tanto en el caso de los funcionarios públicos como de los políticos, se da una participación bipartidista (miembros de las cúpulas corruptas de los dos partidos políticos mayoritarios). Los políticos en el poder, "engrasan" las manos de algunos miembros importantes de los que se encuentran en oposición, para evitar a través de ellos, por una parte, el control político que el legislativo esta llamado a ejercer, y por otra, para obviar el

control jurisdiccional. En este sentido se cumple lamentablemente aquello de que las cárceles son para los pobres y no para los ricos y/o los políticos. Es notable la reincidencia de actos corruptos en determinados sectores de la administración pública. Perfectamente, dándole seguimiento a sendos reportajes periodísticos aparecidos en el transcurso de varios años, se pueden evidenciar diversos focos de corrupción gubernamental. Sin embargo, en un evidente incumplimiento de deberes en estos casos, culposos y/o dolosos, por una parte, los jefes institucionales se han quedado impávidos, sin tomar las acciones pertinentes para frenar y controlar la corrupción, y por otra, el Ministerio Público no ha asumido acciones efectivas que permitan frenar su impunidad.

1.2.2 Evolución en el tratamiento conceptual del tema en el sistema de Naciones Unidas

Los vínculos estrechos de la delincuencia organizada con la corrupción y el abuso de poder, fueron analizados con rigurosidad, por primera vez en las Naciones Unidas, durante el *quinto congreso* sobre “Prevención del delito y tratamiento del delincuente”, celebrado en Ginebra del 1 al 12 de septiembre de 1975. En esa oportunidad, se llamó la atención sobre los cambios en las formas y dimensiones de la delincuencia organizada, y se centró el interés en la "*delincuencia como negocio*" de ámbito tanto nacional como internacional.

Se recalcó las dificultades de obtener información útil sobre la corrupción oficial, dada su naturaleza inherentemente encubierta y consensual, en virtud que ambas partes culpables se benefician de su arreglo ilícito. Esta situación se agrava aún más en el contexto de actividades gubernamentales de carácter sumamente complejo y especializado. En ellas, el dolo puede encubrirse fácilmente para que resulte invisible a los que no son expertos, incluidos los de las autoridades investigadoras medianamente competentes.

El *sexto congreso* de las Naciones Unidas sobre “Prevención del delito y tratamiento del delincuente”, 1980, brindó nuevos elementos a la percepción internacional de la delincuencia organizada y la corrupción. Señaló que la característica de este tipo especial de actos ilícitos es el abuso de poder y se refirió a ellos como: "*delitos y delincuentes que están fuera del alcance de la ley*", por cuanto. Otorgó especial atención a la delincuencia económica, e indicó que ésta solía

actuar como factor incitador y agravante en la corrupción de la administración pública y de los altos cargos.

Disminuye notablemente la probabilidad que sean denunciados o procesados sus autores ante las autoridades competentes en razón del rango en la jerarquía social, política o económica de sus autores y sus interrelaciones. Normalmente, la falta de datos sobre ellos, obstaculiza la buena comprensión de los problemas que entrañan y obstaculiza así mismo, el desarrollo de los medios más adecuados para combatirlos.

El séptimo congreso de las Naciones Unidas sobre “Prevención del delito y tratamiento del delincuente”, en 1985, centró su atención en "*las nuevas dimensiones de la criminalidad y de la prevención del delito en el contexto del desarrollo*". Subrayó cómo ciertas formas de delincuencia, entre las que está la corrupción, obstaculizan el progreso político, económico, social y cultural de los pueblos y amenazan los derechos humanos, las libertades fundamentales la paz, la estabilidad y la seguridad.

Señaló que las fronteras habían dejado de ser una barrera eficaz contra las actividades de la delincuencia organizada, y que ésta, había logrado un notable grado de impunidad mediante su hábil explotación de las discrepancias entre el derecho interno de los diversos países. Identificó el tráfico ilícito de estupefacientes como una de sus principales operaciones y la corrupción de funcionarios en cargos públicos como el elemento clave de su impunidad

En 1990, el *octavo congreso* de las Naciones Unidas sobre “Prevención del delito y tratamiento del delincuente”, sobre "*corrupción en el gobierno*", determinó, que las autoridades nacionales se encontraban a menudo con que no disponían de las herramientas adecuadas para luchar contra ella, y que los medios convencionales de cooperación entre los países para combatir el delito, ya no resultaban suficientes ante la internacionalización de las actividades criminales.

En el mencionado conclave internacional, se urgió, como un asunto al que debía otorgarse la más alta prioridad, la inclusión de estrategias anti-corrupción dentro de los planes nacionales de

desarrollo económico y social que promuevan a un tiempo, la buena gobernabilidad, la transparencia y responsabilidad de los funcionarios, y fortalezcan la capacidad de los Estados para hacer frente a la criminalidad organizada.

El *noveno congreso de las Naciones Unidas sobre “Prevención del delito y justicia penal”*, celebrado en El Cairo, Egipto, del 29 de abril al 8 de mayo de 1995, mostró su alarma por la grave amenaza que plantean para la sociedad, las vinculaciones de la delincuencia transnacional organizada y sus actividades conexas con los delitos económicos y financieros y la corrupción, así como por la infiltración de delincuentes organizados en las economías legítimas

Puso de relieve el nexo existente entre la delincuencia y el desarrollo e instó a fortalecer los sistemas de justicia penal y a crear el marco jurídico para el desarrollo, ya que el mantenimiento del imperio de la ley, es indispensable para poder establecer y mantener condiciones de paz y estabilidad social. Hizo notar así mismo que la erradicación de la corrupción administrativa y profesional sólo podría lograrse mejorando la gestión administrativa y económica.

1.2.3. Consecuencias de la corrupción

Aquellos individuos y empresas que están dispuestos a pagar por la *asignación preferente o el otorgamiento de beneficios jugosos*, sobre aquellos que utilizan simplemente los criterios y procedimientos legalmente establecidos.

- Los funcionarios públicos, generalmente mal pagados y mal supervisados, que imponen a los usuarios de sus servicios, retrasos injustificados y trabas en los procedimientos, a cambio de los sobornos que reciben. Estos actúan como *bonos de incentivo salarial*.
- Empresas y empresarios que a través de actos corruptos, *reducen los costos empresariales establecidos por el Gobierno* a través de impuestos, cargas aduaneras y otras regulaciones tributarias y fiscales.
- Los delincuentes comunes, profesionales y del crimen organizado, por cuanto, los sobornos *estimulan sus actividades criminales y la impunidad de que gozan*.

Entre las principales consecuencias de la corrupción se encuentran las siguientes:

- ❖ Afecta el desempeño gubernamental (eficacia y eficiencia).
- ❖ Torna la administración ineficaz para responder a las necesidades públicas.
- ❖ Afecta la disponibilidad de los recursos públicos especialmente aquellos destinados a los programas sociales, perpetuando las disparidades. (Reduce los gastos en educación y salud por cuanto éstos no se prestan con facilidad a las prácticas corruptas.)
- ❖ Reduce la productividad de la inversión pública y de su infraestructura. (Reduce la inversión de operación y mantenimiento de las obras públicas por las mismas razones antes apuntadas.)
- ❖ Reduce la inversión extranjera por cuanto la corrupción tiene el mismo efecto que los impuestos, opera como tal, aumenta los costos y crea incertidumbre.
- ❖ Aumenta el gasto público, por cuanto los proyectos de inversión pública fácilmente se prestan a manipulaciones de los jerarcas en la consecución de sobornos. Los jerarcas de la administración pública, gozan de excesiva discrecionalidad en la toma de decisiones relacionadas con los proyectos de inversión. (Distorsiones en su ejecución, costos, tamaño y composición. Los proyectos no se justifican por criterios objetivos de inversión ni mediante análisis de costo / beneficio).
- ❖ Aumenta el déficit fiscal, y en general, los costos económicos, administrativos y sociales. Distorsiona el gasto público en la compra de bienes y servicios.
- ❖ Reduce los índices de crecimiento como consecuencia directa de la reducción de la inversión.
- ❖ Aumenta la pobreza por cuanto reduce las posibilidades de producir ingresos a los pobres.
- ❖ Mina y debilita los procesos de la administración pública al crear líneas paralelas de autoridad a las formalmente establecidas.

- ❖ Afecta la moral general del servicio público.

1.3 La Corrupción y la ética

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

La ética es la convicción humana de que no todo vale por igual, de que hay razones para preferir un tipo de actuación a otros.⁵ A partir de las constantes denuncias de corrupción de nuestra Latinoamérica contemporánea, la ética, disciplina que antes estaba reservada sólo a la filosofía, se ha convertido en una demanda común de nuestras sociedades.

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

⁵ Savater, Fernando, Diario “*El clarín*”; publicación de fecha 25-01-06

Así la corrupción navega sobre el inconsciente colectivo y, si el modelo deseable estimula el éxito económico a cualquier costo, la corrupción se convierte en un subproducto casi inevitable que refleja, en palabras de Saltos Galarza, la epidemia de fin de siglo.⁶

Definimos a la ética como el campo de la teoría filosófica que averigua los fundamentos racionales de las conductas y prácticas humanas y sociales. Cada grupo humano, en su idiosincrasia cultural e histórica modela esa ética en costumbres, modos de actuar y maneras de ser. Que es lo que se conoce como moral. La diferencia entre ética y moral resulta muy clara al leer a Cortina cuando afirma que *“la ética, si bien incide también en las decisiones correctas de la conducta humana, lo hace a través de cánones o fundamentos morales, es decir, no señala lo que es bueno o malo hacer (moral) sino cuándo lo es (ética). En realidad, la ética es un juicio que se expone socialmente sobre las conductas de los seres humanos que componen la sociedad. La ética trata sobre los principios del deber hacer, mientras que la moral modela esa ética en costumbres, modos y maneras de hacer.”*⁷ Resumiendo, la moral es lo que se practica y la ética piensa cómo debe ser esa moral.

Entre los paradigmas más representativos de la ética, Boladeras⁸ ubica al utilitarismo (orientación “pragmática”), la ética aristotélica (ética de la “vida buena”) y la moral universalista de Kant (ética del “imperativo categórico”) como los diferentes niveles que puede abordar la razón práctica. Así, muestra cómo la respuesta al interrogante ¿qué debo hacer? establecido por el paradigma ético a seguir, sugiere la existencia de más de una ética.

La importancia de la ética en la actualidad radica en lo que Dussel denomina el reto actual de la ética: *“detener el proceso destructivo de la vida. Este autor resalta la importancia de la ética afirmando que ella tiene que ver con la vida y la muerte de la humanidad en el sentido que, si no poseemos un criterio ético, se va a hacer de la vida algo que tienda al suicidio colectivo. Así, el deber ético cambiar las cosas parte de una ética de vida.”*⁹

⁶ Arland, Rodolfo. *“El dilema del nuevo milenio”*. <http://www.iigov.org/documentoscom>

⁷ Cortina, Adela. *“Ética sin moral”*. Editorial Tecnos. Madrid, 1995. Pág. 1

⁸ Boladeras, Margarita. *“Comunicación, ética y política”*. Habermas y sus críticos. Pág.152

⁹ Dussell, Enrique. *“El reto actual de la ética”*. Detener el proceso destructivo de la vida. Pág. 256

Cuando en nuestros países hablamos de ética, en realidad nos estamos refiriendo a la corrupción, término que sintetiza el principal malestar político de la América Latina de fin de siglo. Malestar político porque la exigencia de mayor “eticidad” está dirigida a la clase dirigente (políticos, empresarios, gremialistas, funcionarios) en el sentido de elite que conduce a los ciudadanos, le fija límite, define reglas y controla su aplicación.¹⁰

Reisman¹¹ traza una distinción que resulta fundamental para comprender las diferencias que existen entre los sistemas éticos. Dice el autor: en cualquier proceso social el observador puede distinguir un sistema mítico que expresa claramente todas las reglas y prohibiciones y un código práctico que dice a los ‘operadores’ cuándo, cómo y por quién pueden hacerse ciertas cosas prohibidas por las reglas.

Siguiendo este razonamiento vemos que existen dos sistemas normativos: uno que se supone que se aplica y que las elites alaban de la boca para afuera (normas míticas) y otro muy distinto que es el que se aplica en la realidad (código práctico). Los ciudadanos, funcionarios públicos o no, que actúan amparados por el código práctico saben que están violando las normas míticas y, por lo tanto, deben actuar discretamente.

Quienes actúan de acuerdo a las normas míticas se encuadran en la ética principista (o de la intención) mientras los que orientan su conducta en función de los códigos prácticos adoptan la ética utilitarista (o de la responsabilidad). La primera enseña que los actos son buenos o malos según la intención, más allá de los resultados y la única cosa buena es la buena voluntad, mientras la ética utilitarista, dice que el resultado es lo más importante sin detenerse en consideraciones valorativas.

En nuestras actuales sociedades la “ética del deber” entra en crisis frente al advenimiento de la “ética utilitarista” para dar origen al “posmoralismo light”. Por ello es muy peligroso para la

¹⁰ Moreno Ocampo, Luís. “*En defensa propia*”. Tema -Cómo salir de la corrupción-. Pág.91

¹¹ Citado por Arland Rodolfo. Ob. Cit. Pág.1

sociedad que, desde posiciones de poder, se proponga transformar las normas míticas en reglas prácticas. Así cuando en Argentina, el sindicalista Luís Barrionuevo aconsejó a los funcionarios que dejaran de robar por dos años y que él no consolidó una posición económica trabajando, está proponiendo lo que Lipovetsky¹² llama la ética indolora y light, basada en la cultura individualista y el crepúsculo del deber, logrando con ello que la ética se convierta en un auxiliar eficaz de lo económico.

La organización del sistema judicial de cada país tiene mucha vinculación con la distancia entre los sistemas míticos y los códigos prácticos. Así en el modelo anglosajón las reglas se crean de acuerdo con las costumbres de la comunidad y, cuando los ciudadanos juzgan las violaciones, se produce un acercamiento muy estrecho entre normas míticas y reglas prácticas. En este modelo no se promulga la ley que no puede ser cumplida. En cambio, en nuestro modelo judicial, de origen europeo continental, el estudio de la ley implica el conocimiento de su historia, una interpretación gramatical, un análisis lógico, su armonía con otras normas, pero cuando los jueces actúan no se toma en cuenta la forma en que la sociedad utiliza esas reglas. Existe un importante ingrediente cultural que debilita al Estado: la lejanía de ley donde el estado comienza a debilitarse al no poder hacer efectivo lo que exige a través de sus leyes.

En América Latina¹³, la gran distancia existente entre el sistema mítico y los códigos prácticos quedó plasmada cuando, en 1523, Hernán Cortés alzó sobre su cabeza (como signo de sumisión a la Corona) la Real Cédula y sentenció: se acata pero no se cumple. Así la organización basada en el poder y el interés individual antes que en las reglas y el bien público se extendió a lo largo de los siglos dando origen a la corrupción como práctica política habitual.

Para una civilización que deposita su confianza en el conocimiento de las reglas, es profundamente aterrador darse cuenta que esas reglas no es más que letra muerta y que es necesario aprender un conjunto de principios y prácticas totalmente diferentes para obtener resultados deseables. Frente a un caso de corrupción nos exaltamos y exigimos el castigo previsto

¹² Lipovetsky, Gilles. “*El crepúsculo del deber*”: La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos. Pág.45

¹³ Arland, Rodolfo, Ob.Cit.. Pág.3

por las normas míticas, sin advertir que para reducir la distancia que existe con los códigos prácticos hay que encontrar las razones y las claves de estos últimos o, llegado el caso, quitar el carácter clandestino de los códigos prácticos y aceptarlos abiertamente como parte del sistema mítico.

Es importante que al funcionario público se lo investigue, y aún castigue si corresponde, cuando tiene el poder. En Argentina,¹⁴ el gobierno que llega al poder indaga al que se fue. Este hábito encuentra su antecedente en una figura del antiguo derecho español, el juicio de residencia: cuando un Virrey finalizaba su mandato se lo investigaba y podía ser encarcelado. En Argentina la investigación retroactiva se convirtió en consecuencia natural de la derrota política.

Resulta imperativo que nuestras instituciones democráticas mejoren su funcionamiento a través del control y la participación ciudadana. En tal sentido, es importante tomar como ejemplo la democracia de los Estados Unidos en los casos Watergate y Lockheed. Pero también es importante no perder de vista cómo se desarrolló la historia del sistema político norteamericano: en su nacimiento independiente, los Estados Unidos eran un país económicamente subdesarrollado en relación con Inglaterra. Su prioridad, sin embargo, fue establecer una Constitución y cumplirla. Si bien esta no fue una decisión eminentemente económica, la seguridad institucional resultante generó el clima dentro del cual se generaría el desarrollo económico.

Estos ejemplos sirven a Latinoamérica en tanto y en cuanto no se pierda de vista las particularidades históricas, sociales, políticas y económicas de nuestros países. Dejando de lado la tentación de transpolar automáticamente experiencias foráneas, es preferible intentar el denominado diálogo de saberes y culturas.

Cuando un pueblo jerarquiza al desarrollo económico por sobre otros intereses, acude a cualquier medio para lograrlo perdiendo credibilidad frente a aquellos otros países que podrían contribuir con su capital a su desarrollo. En una sociedad donde todo el mundo se preocupa

excesivamente por el bienestar económico inmediato, nadie piensa en el conjunto ni en el largo plazo, de esta manera se obtiene como resultado lo que nadie desea: el fracaso económico de la sociedad como un todo.

La reputación de las instituciones republicanas depende no sólo de la aplicación objetiva de las leyes, sino de la conducta de los funcionarios y empleados públicos. Esta debe sustentarse en forma permanente en los principios éticos y morales en los que se basa la “vocación de servicio” para salvaguardar y evitar contrariar el interés público cuya protección, promoción y defensa les ha sido asignadas. No se trata de la protección en forma exclusiva del erario público sino, fundamentalmente, de la mentada “confianza pública”, de la seriedad y rectitud en el ejercicio o la realización de acciones en el marco de los deberes y responsabilidades del estado. Debe hacerse realidad el aforismo de Hegel: el Estado es la realidad de la idea moral.

No basta con que el funcionario público cumpla con la ley, es necesario que dé cuenta a la sociedad de sus actos, aún en el caso de que esta no lo exija. Además del concepto de legalidad, hoy se impone un neologismo: “accountability”, como nota esencial en el ejercicio de la función pública. La idea de imparcialidad en la gestión de los asuntos públicos implica, no sólo la apoliticidad de las decisiones administrativas, sino también se sustenta en la idea del imperativo moral en sentido kantiano, como bien lo expresa Boladeros ¹⁵. Ya lo dijo Montesquieu: la democracia se convierte en el peor de los regímenes si carece de lo que es probablemente su requisito básico: la virtud.

Resulta conveniente distinguir entre principios éticos en el ejercicio de la función pública, de aquellas conductas que implican obligatoriedad de cumplimiento, en razón de que su inobservancia está penada por leyes, por lo que se encuentran tipificadas como delitos o faltas administrativas. En palabras del argentino Mariano Moreno¹⁶: no solamente se debe tratar de que los hombres sean buenos, sino de evitar que sean malos. Pero hoy es necesario ir más allá: el funcionario público es un agente moral, en virtud de que ejerce una actividad de manera

¹⁴ **Ibíd. Pág.6**

¹⁵ **Ob. Cit. Pág.160**

permanente adscrita a órganos cuya finalidad es satisfacer las necesidades públicas. Este desempeño implica aspectos vocacionales, dominio de técnicas, desarrollo de conocimientos y formación de actitudes, todas en función del servicio público definido por el bien común.

El gobernante es responsable cuando da fundamentos de sus actos y muestra por qué son deseables. Esto es la reflexión ética y no sólo el pensar técnico o burocrático. Razonar en el plano de los valores significa utilizar premisas y no sólo hechos. El análisis de la eficacia de las políticas no alcanza, porque también se deben satisfacer criterios de valor. Según Hume, este delicado tránsito del ser al deber ser y viceversa, no es una deducción lógica o formal, sino una toma de posición. El deber ser tiene que ver con las convicciones, la conciencia y el compromiso social de los gobernantes. La preocupación contemporánea por la cuestión ética no debe considerarse como meramente filosófica. El vacío ético en los gobiernos o en sus funcionarios se refleja en sus decisiones, en las políticas públicas. Ocurre cuando ellos eligen pensando en los beneficios de los grupos de interés, no en la población. La falta de ética no es una cuestión declarativa, sino que se manifiesta por una desviación de recursos públicos que es injusta y aumenta la desigualdad en la sociedad civil. Siguiendo las enseñanzas de Max Weber: el dilema consiste en que no hay ética en el mundo que pueda sustraerse al hecho que, para lograr fines buenos, deba recurrirse a medios moralmente dudosos.

En el tema de la corrupción surge la interrogante: ¿Quién tiene mayor culpa: el que peca por la paga o el que paga por pecar? Sor Juana Inés de la Cruz:

“Una de las más completas definiciones de corrupción, es la que propone Saltos Galarza que la presenta como un sistema de comportamiento de una red en la que participan un agente (individual o social) con intereses particulares y con poder de influencia para garantizar condiciones de impunidad, a fin de lograr que un grupo investido de capacidad de decisión de funcionarios públicos o de personas particulares, realicen actos ilegítimos que violan los valores éticos de honradez, probidad y justicia y que pueden también ser actos ilícitos que violan normas

¹⁶ Ob. Cit. Pág. 94

legales, para obtener beneficios económicos o de posición política o social, en perjuicio del bien común.

Sin embargo, las encuestas internacionales más importantes como Transparency International, World Economic Forum, Gallup y KPMG utilizan el término “corrupción” como el uso del poder público para el beneficio privado (por ejemplo: sobornos a funcionarios públicos, retornos en licitaciones públicas, malversación de fondos públicos) centrándose únicamente en la visión económico-administrativa del fenómeno. Visión esta que se olvida que la corrupción es ante todo un problema ético y moral: violar valores positivos, en palabras de Saltos Galarza.”¹⁷.

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

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

¹⁷ Arland, Rodolfo, Pág. 8.

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

En muchos países, los empleados públicos se sienten comprometidos con los intereses particulares de quienes los han nombrado. Esto lleva a un abuso de poder que se contradice con la vocación democrática y el principio de igualdad ante la ley. De ahí la importancia que reviste el status de empleado público, si se desea que su desempeño sea independiente de las coyunturas políticas, arraigándolo al ejercicio del cargo, fundamentado en conocimientos técnicos y aptitudes, de forma tal que su accionar posea la necesaria neutralidad ante los diversos intereses políticos y económicos, y se oriente por los principios elementales de ética que deben observar quienes actúan en la administración pública.

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

En esta dirección los países latinoamericanos desde principios de los '90 han realizado una gran cantidad de reformas, pero aún así no ha sido suficiente. La corrupción se previene con un

adecuado ejercicio del principio de subsidiariedad estatal, que delegue poder en la sociedad civil a través de inteligentes y equitativas políticas de descentralización. El control público estatal será siempre insuficiente si paralelamente no resulta acompañado del control social. Cuanto más cercano se encuentre el acto administrativo del vecino, menos secreto, discrecionalidad y falta de transparencia serán posibles en el ejercicio de la función pública.

Los argentinos hemos tomado conciencia que la corrupción impregnó todo el cuerpo social y se ha institucionalizado en él. Es más, se enraizó en nuestra cultura y muchas de sus prácticas ni siquiera son tipificadas como delitos, más bien consideradas como parte de nuestro “ser nacional” que permite transgredir en mayor o menor medida las disposiciones legales o asumir actitudes en beneficio propio, pero en perjuicio (mediato o inmediato, directo o indirecto, mayor o menor) de otros, o de todos.¹⁸

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

El cáncer de la corrupción está tan avanzado en las democracias emergentes de América Latina, que difícilmente podrá ser extirpado o al menos detenido- sin medidas drásticas de ayuda por parte de Estados Unidos y Europa porque la corrupción no es únicamente un problema de distribución de recursos ilegalmente obtenidos. Su dinámica también tiene consecuencias que inciden en la eficiencia del Estado y en la competitividad de su economía. En un país que desea competir, desarrollando instituciones democráticas y de mercado, frente a poderosos rivales

¹⁸ Arland, Rodolfo, Pág.11

externos estos efectos distributivos y de eficiencia pueden tener consecuencias políticas si la corrupción a gran escala socava la legitimidad del gobierno.¹⁹

Las relaciones de corrupción a nivel internacional son cada vez más complejas en la medida en que se mezclan los intereses privados legítimos, como son los de las empresas privadas, con otros intereses menos honorables: los intermediarios y los funcionarios públicos que “actúan” en nombre de los legítimos intereses públicos o bien como partes directamente interesadas en el intercambio delictivo. La multiplicación del comercio puede contribuir a la prosperidad mundial y al fuerte crecimiento de los países en desarrollo. Pero esta evolución económica se ubica en un contexto político y comercial doblemente insatisfactorio.

Por un lado, da origen a una verdadera “guerra económica” en la que los argumentos de venta no responden más que a las reglas del mercado: intercambio de contratos a cambio de corrupción (funcionarios) o fraude (ejecutivos); Por otra parte, este intercambio corrupto internacional se desarrolla en un universo en el que el “estado de derecho” es más un enunciado que una realidad efectiva. La internacionalización del comercio va acompañada por el aumento de los flujos monetarios y de los bancos en los que el secreto de las operaciones y el anonimato en las transacciones y los titulares de las cuentas constituyen la regla de oro y la ventaja comparativa más evidente. Así, el nuevo ordenamiento económico internacional está imponiendo la necesidad de un nuevo ordenamiento ético-jurídico. La economía de mercado, la privatización de las empresas públicas, la eliminación del proteccionismo y las prácticas monopólicas por parte del Estado, así como la disminución de los controles gubernamentales sobre la economía, configuran las líneas centrales de este proceso. Existen pocas dudas acerca de que las prácticas corruptas son disfuncionales para crear condiciones favorables al crecimiento económico, para atraer inversiones genuinas o para mejorar la calidad de vida de la población. A diferencia de las empresas multinacionales en sus países de origen, que adoptaron Códigos de Ética por estar sometidas a una creciente presión para que su conducta en los negocios se rija según estas normas, la mayoría de las filiales latinoamericanas de esas empresas no contemplan el respeto a las reglas de conducta en sus negocios. Es más, muchas de ellas (si los tuvieran estarían

¹⁹ **Oppenheimer, Andrés.** *“Ojos vendados. Estados Unidos y el negocio de la corrupción en América Latina”*.Pág.56

dispuestas a violarlos (en el afán de obtener mayores beneficios para sus accionistas. Tal fue el caso de IBM Argentina en su contrato multimillonario celebrado en 1995 con el Banco de la Nación conocido como “Proyecto Centenario”. El índice de percepción de la corrupción que elabora Transparencia Internacional muestra que la corrupción no se percibe como una plaga confinada a los países en desarrollo. Muchos de los países emergentes tienen puntajes muy bajos y un número de países industrializados líderes tienen índices que enfatizan la seriedad del problema que deben enfrentar. Los gobiernos de los países centrales tienen la doble responsabilidad de “poner su casa en orden” y actuar para prevenir que sus corporaciones paguen sobornos alrededor del mundo. Esto quedó evidenciado con la firma del Tratado que condena las Prácticas Corruptas en el Extranjero (soborno transnacional) firmado el 27 de diciembre de 1997 por los 29 países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Sin embargo, no es suficiente un índice de percepción del problema de la corrupción. Sería conveniente también establecer un índice de la lucha contra la corrupción, valorar los resultados en esta causa; pues a menudo hay un manejo político de los resultados.

Los países que están más cerca de los mercados mundiales se sitúan bajo una presión competitiva más intensa que los que están más distantes, de modo tal que las oportunidades para la corrupción son menores en los países centrales. Así quedó demostrado en un estudio econométrico elaborado por Di Tella ²⁰) que, mediante el uso de índices de corrupción de los '80 y '90, se preguntó como la competitividad de la economía afecta la posición de un país dentro de este índice de corrupción. A pesar de carecer de un indicador directo y confiable de competitividad, utilizó diversos sustitutos y encontró resultados coincidentes con la premisa que los países más competitivos deberían ser menos corruptos. Entre sus medidas de competitividad figuran ciertos factores bajo el control del estado, como las leyes antimonopolio (recientemente sancionada en nuestro país) mientras que otros, como la distancia de los mercados mundiales, no están sometidos al control estatal.

²⁰ Di Tella Rafael y Ades, Alberto. “*Competition and corruption*”. World Bank. First Draft, 1994.

El modelo económico imperante en Latinoamérica se ha traducido en un crecimiento constante de la concentración financiera y la exclusión social, ha producido un debilitamiento progresivo y sistemático de la participación y el control ciudadano. Así ha quedado demostrado en el estudio del Banco Mundial ²¹ (que presenta evidencias concretas sobre el impacto negativo de la corrupción en la competitividad internacional. Una encuesta a 3.600 empresas de 69 países reveló que, para la mayoría de ellas, el problema no es sólo el soborno que debe pagarse, sino también el temor y la incertidumbre de tener que volver a pagar varias veces, a los mismos o a otros funcionarios. La corrupción tiene costos indeterminados y es un reflejo de la arbitrariedad de los funcionarios públicos.

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

La extensión de la corrupción constituye un aspecto sobre el que no hay acuerdo. La discusión sobre este punto es prácticamente insoluble habida cuenta de la naturaleza misma del fenómeno. La extensión real o imaginaria de la corrupción es tanto una cuestión de percepción y de sensibilidad como de medida objetiva del fenómeno. Ante esta falta de seguridad, la discusión prácticamente no tiene salida: los optimistas insisten en el carácter coyuntural del fenómeno, sacando a relucir el gusto de los periodistas por el sensacionalismo y el exceso de celo de los jueces, a los que se suele tachar de radicales, sectarios y hasta de frustrados. Por el contrario, los pesimistas se declaran convencidos de que los hechos que salen a la luz no son sino la parte visible del iceberg. Sobre todo insisten en el hecho de que numerosos "affaires" sólo se han descubierto por azar o por circunstancias imprevistas. La corrupción que se conoce y se divulga no es más que una ínfima parte de la realidad.

²¹ **Publicación** *“Modernización del Estado y fortalecimiento de la sociedad civil”*, BID Washington DC, 1998.

Los mismos desacuerdos sobre la medición de la corrupción aparecen cuando se intenta una comparación internacional, o incluso una comparación de actitudes dentro de una misma Sociedad, pero entre grupos sociales diferentes. La sensibilidad de la opinión pública con respecto a la corrupción varía considerablemente de un país o de una cultura a otra. No sólo entre Europa y EEUU, entre África y Asia, sino dentro de conjuntos relativamente homogéneos como Europa occidental (sobre todo, entre países de cultura latina y católica, y países nórdicos y protestantes).

Variaciones de la misma amplitud se dan dentro de los sistemas políticos entre la opinión mayoritaria y las minorías sociales. Mientras las últimas generalmente tienden a minimizar la extensión de la corrupción (con frecuencia después de haberla ignorado o negado), las primeras tienen una marcada propensión durante estos últimos años a exaltar su extensión. Los sondeos en Italia, Francia o Japón, atestiguan que la gran mayoría de las personas entrevistadas (a veces más de 80%) están convencidas de que todos los políticos son corruptos. Por supuesto, cualquiera que sea la realidad de la corrupción, no hay nada que permita sostener seriamente semejante creencia.²²

Si el partido político, el generador de democracia por excelencia, se convierte en un organismo sospechado de ilegalidad que extrae sus recursos (sobre todo cuando es partido de gobierno) valiéndose de una posición hegemónica que le permite actuar como un profesional de la extorsión y que obtiene cantidades enormes de dinero para alimentar su acción política por medios ilegales, producirá un extraordinario efecto multiplicador de ilegalidad. Cuando la financiación ilegal es la primordial fuente de recursos de un partido político, el verdadero poder está en los centros de captación de estos fondos, en los espacios donde se practica de modo regular la actividad corrupta. En Argentina, como afirma Gallup (1998), no sólo no se ha erradicado la corrupción, sino que nuevas y más sofisticadas formas son los temas cotidianos de la realidad a los que los ciudadanos acceden a través de los medios de comunicación. Esto ha derivado en la percepción de que corrupción es igual a dirigencia política.

²² Arland, Rodolfo, Ob.Cit. Pág. 15

La información puede ser una variable teórica clave para comprender cuándo y por qué se produce la corrupción. Dicho de otra manera, la corrupción lucra sobre la ignorancia y la incertidumbre popular. En tales condiciones, el problema del mandante (ciudadano) y el mandatario (funcionario) se exagera. La corrupción es menos frecuente cuando existe amplia información respecto de qué están haciendo los funcionarios. En palabras de Klitgaard (1990), la falta de información (abundante ignorancia popular) es lo que caracteriza a muchos países en desarrollo.

Los ciudadanos tienen el derecho a conocer sobre todos los actos de gobierno de un modo transparente. La posibilidad de acceder a la información que posee el Estado es fundamental para que los ciudadanos e instituciones puedan contar con los insumos necesarios para decidir qué tipo de actividades desarrollar, opinar y ofrecer planteamientos respecto de las normas y decisiones que el Estado pretende implementar y controlar la gestión de las autoridades y funcionarios públicos.

CAPÍTULO II

2. Corrupción y su regulación

2.1 La corrupción y el derecho penal

Después de haber abordado en el capítulo anterior lo relativo al fenómeno de la corrupción, estamos en posibilidad de empezar a adentrarnos en su relación con el derecho penal y de ambos con la Política criminal, para luego hacer un análisis específico de los delitos que en la actualidad se encuentran vigentes en nuestro país y que buscan enfrentar la corrupción.

2.2 Planteamiento político criminal del fenómeno de la corrupción

El sistema normativo constituye un modelo que al mismo tiempo define la expectativa de sociedad respecto a la función del Estado, sirve de instrumento para orientar las acciones de sus miembros. Como todo modelo social es teórico y por lo tanto no se manifiesta en su totalidad en la realidad, por lo que, es de reconocer que exista discrepancia marginal de la legalidad respecto al comportamiento humano, es más, esta discrepancias pueden generar factores positivos de interpretación de las leyes constitucionales, de tal manera de ajustar sus preceptos a la dinámica social. Sin embargo, en la actualidad asistimos a un fenómeno contrario a lo descrito: la discrepancia entre legalidad y realidad sobrepasa con creces los límites aceptables, es más, en la actualidad no es fácil creer en la ley, ésta ha perdido su fuerza política y normativa, constituyendo en la cotidianidad una impunidad estructural.

Desde finales del siglo XIX existe la preocupación por buscar interpretaciones sobre las causas del fenómeno delictivo. Al inicio se atribuyó a causas propiamente patológicas, constituyendo la criminología positivista su máxima expresión, que llegó a constituir una política

criminal de la defensa social basada en los estados peligrosos. La incorporación de la sociología como instrumento teórico de valoración sobre el fenómeno delictivo, provocó crisis respecto a la interpretación de la criminología positivista de carácter patológica, al trasladar su enfoque delictivo como fenómeno social puso en evidencia que éste se distribuye entre las distintas capas sociales, desarrollando estudios sobre la delincuencia realizada por sectores de poder, en especial el económico y político. La importancia de estos estudios está en evidenciar el daño social causado por estos sectores y al mismo tiempo caracterizar la garantía de la impunidad como fenómeno estructural de los sistemas judiciales en la comisión de estos delitos.

Entre las causas que favorecen el desarrollo de este tipo de delitos radica en primer lugar la construcción del modelo jurídico en base a normas difusas, imprecisas, dispersas y coyunturales, lo que dificulta cualquier intento sistematizador y para producir, tanto en el intérprete como en el aplicador de las normas jurídicas, una gran confusión e inseguridad, hasta el punto de no saber nunca con mucha claridad y certeza qué es lo que el legislador quiere prohibir, y mucho menos porqué quiere hacerlo. En segundo lugar, y no menos importante, lo constituye la falta de voluntad política tanto para la construcción de un modelo coherente y acorde a las necesidades sociales, como el de hacer efectivo las normas existentes. La causa profunda de este último aspecto, que ya constituye una práctica endémica de nuestro sistema judicial, tiene raíces históricas, que se encuentran en el fracaso de transformar los sistemas judiciales monárquicos heredados de la colonia después de la independencia, donde la justicia asumió su papel sumiso a los poderes fácticos, amparada en el burocratismo del exceso de formalismos. De esta manera, los jueces se encargaron de volver progresivamente inaplicable toda conquista social. Como bien afirma Alberto Binder: la "impunidad, a la que ya nos hemos acostumbrado, es la contra cara de la República, porque encubre al poder concentrado y su distribución de privilegios; es la contra cara de la democracia, porque torna inútil los pactos políticos y la actividad parlamentaria; y es la burla más hiriente del Estado de Derecho porque lo convierte en una fachada o una máscara que oculta el abuso de poder".²³

²³ Tomado de "*Justicia penal y Estado de derecho*". Pág. 182.

2.3 Derecho penal y política criminal.

El derecho penal desempeña así un papel importante en la organización y la determinación de las relaciones sociales, en el interior del llamado control social. No sólo limita la libertad de los individuos, también crea las condiciones necesarias para que éstos desarrollen su personalidad y lleven a cabo sus proyectos de vida.

El control social es una expresión concreta de la política general del Estado. Uno de los aspectos de esta política es, precisamente, la política criminal. Esta política plantea los criterios básicos del sistema de justicia penal. Toda reacción estatal dirigida a evitar comportamientos delictuosos o a suprimir ciertas situaciones criminógenas no forma parte, necesariamente, de la política criminal. Si bien ésta goza de una cierta autonomía en el marco de la política estatal, se integra en una perspectiva más vasta de la política social.

Una buena política social constituye, sin duda, una condición indispensable para organizar y desarrollar una política criminal eficaz. El ámbito social abarcado por la política criminal no constituye sin embargo un dato objetivo. Las nociones de delincuencia, crimen o criminal son el resultado de discusiones sobre criterios de política criminal. Criterios que condicionan la determinación de los comportamientos que deben ser criminalizados. En efecto, no hay comportamiento que sea delictuoso en sí. Su calificación como tal varía según el lugar y el tiempo en que es cometido.

Para planificar la política criminal de manera más o menos racional, es indispensable profundizar las investigaciones tendientes a establecer las características y la amplitud del fenómeno delictivo. Si se saca provecho de estas investigaciones, la reacción organizada de la colectividad dejará de ser espontánea, incoherente y motivada sólo por la satisfacción de impulsiones instintivas de la opinión pública.

La política criminal está estrechamente relacionada, de una parte, con la criminología y, de otra, con la teoría de la pena. Antes de la aparición de la criminología como disciplina que estudia el delito, el delincuente y la reacción social ante la delincuencia, la actividad del Estado para

enfrentar este fenómeno se inspiraba en la concepción penal fundada sobre la culpabilidad y la retribución. La pena era así considerada como el único medio para disuadir a las personas de cometer infracciones y, una vez cometidas, para restablecer el orden perturbado. Con el positivismo italiano, que está en el origen de la criminología y constituye un fruto del desarrollo de las ciencias naturales en el siglo XIX, la negación del principio de la culpabilidad y de la pena retributiva provocó una renovación del discurso y de la práctica del Estado en relación con la delincuencia.

La criminología, nacida de este movimiento positivista, impulsó las investigaciones dirigidas a individualizar, a nivel biológico, psicológico o sociológico, la causa de la criminalidad. La actividad del Estado debe pues estar orientada a neutralizar los factores criminógenos, mediante procesos de tratamiento, reeducación, resocialización del delincuente.

De manera bastante esquemática, se puede distinguir dos tendencias en este movimiento de ideas. El primero es el movimiento desencadenado, en Alemania, por los trabajos de Franz von Liszt y cuyas ideas principales han sido retomadas y desarrolladas, especialmente, por Claus Roxin. La segunda tendencia, más influenciada por el positivismo, es la de la nueva defensa social expuesta, en Francia, por Marc Ancel.

En oposición a estas concepciones que consideran, de un lado, como objetos de estudio de la criminología al delito y al delincuente y, de otro, como el fin de la política criminal la desaparición de las causas criminógenas, un movimiento de ideas reciente busca cambiar estas hipótesis que están en la base de los criterios de política criminal predominantes.

Partiendo de la idea de que el delincuente y el crimen sólo constituyen creaciones del sistema penal, se afirma que la criminología debe ocuparse del análisis del proceso de criminalización y que la política criminal debe tratar de limitar el poder punitivo así como sus efectos perversos. La pena y las medidas de seguridad son únicamente medios al servicio de este proceso que debe ser desmantelado. Sin embargo, los partidarios de esta concepción, denominada de la criminología crítica o radical, no han logrado todavía elaborar directivas pragmáticas de

política criminal. No obstante, sus ideas tienen una influencia positiva en el debate sobre la manera de organizar un sistema de control social eficaz y los medios necesarios para alcanzar este objetivo. Desde hace algunos años, en materia de política criminal y de criminología, se ha estudiado seriamente la problemática de las mujeres en la justicia penal.

Mediante sus trabajos, los movimientos feministas ponen en evidencia "la manera como los intereses de las mujeres, consideradas como género, han sido descuidados y ocultados". Sus investigaciones han abierto nuevas perspectivas en los análisis de la criminología y de la política criminal. Seguramente, tendrán también consecuencias importantes en materia de justicia penal.

Las reformas penales de los últimos decenios han sido marcadas por los estudios y las discusiones dirigidas a circunscribir la estrategia a adoptar frente a la delincuencia. La reforma del Código penal alemán constituye un buen ejemplo. El factor decisivo fue el proyecto alternativo elaborado esencialmente sobre la base de criterios de política criminal y sin prestar gran atención a cuestiones de orden dogmático.

Si nuevas formas de criminalidad exigen una severa reacción penal, la tendencia predominante se caracteriza, sobre todo, por el apego mesurado al derecho penal y, en particular, a las penas privativas de libertad como medios de control social. Además, para contrarrestar los efectos negativos del derecho penal, se hacen esfuerzos para brindar a los condenados una asistencia social eficaz y tomar en consideración los intereses de las víctimas. Un aspecto importante de esta tendencia radica en el hecho de considerar a la multa como la pena principal del sistema de sanciones; el mismo que debe ser completado por nuevas formas de sanción en substitución de las penas privativas de libertad.

La situación en Guatemala es bastante interesante en la actualidad en razón de la transición que se vive del periodo de guerra civil, que duró varias décadas, a uno de coexistencia pacífica. Este largo conflicto armado interno ha marcado a todos los sectores sociales con su carácter violento. De un lado, los delitos más graves se caracterizan por la violencia con que son cometidos. Entre estos destacan los delitos de homicidio, secuestro, robo, lesiones graves, muchas veces cometidos

en el contexto de tráfico de drogas y corrupción. De otro lado, la reacción, primero, estatal que se distingue en especial por la severidad de las penas y un sistema policial y penitenciario marcadamente represivo. En el medio, se da la reacción de las personas en general y, en particular, de las víctimas. Reacción que se manifiesta por una exigencia de severidad cada vez más grande y por la tendencia a hacerse justicia por propia mano. Esto está estrechamente relacionado con el sentimiento de inseguridad existente y por el convencimiento de que la impunidad impera no sólo respecto de los delitos cometidos por los miembros de los sectores privilegiados y de los que detentan el poder, sino también en el caso de delitos menos graves cometidos por cualquier persona. Este sentimiento se funda, sobre todo, en la ineficacia del sistema de control penal.

Para evitar que los miembros de las diferentes capas sociales se sientan desprotegidos frente al fenómeno delictivo, es indispensable que el Estado, mediante las reformas legislativas, no dé la sensación, tanto a nivel legislativo como del control efectivo, de que abandona el terreno en favor de los delincuentes. La reacción social debe ser planteada dentro de un plan general de medidas de política criminal que responda de manera global y coherente a las expectativas de protección de la sociedad.

El plan general debe comprender tanto medidas de carácter social como de índole legal. Si bien debe inspirarse en el criterio de que no hay medio más eficaz de política criminal que una política social y económica eficiente, no debe descuidar las medidas concretas de naturaleza penal. Las mismas que constituyen el último medio para contrarrestar la delincuencia y muchas veces, en sociedades como las nuestras, las más directamente percibidas por las víctimas como la realización de la justicia.

A nivel del sistema de control penal es de considerar los mecanismos de control indirectos y los de orden formal. Entre los primeros, deben ser mejorados los programas, por ejemplo, de educación, de aumento de la calidad de vida, de reforzamiento de los derechos humanos, de reconocimiento del pluriculturalismo. No porque se considere que disminuyendo la pobreza, la ignorancia y la desigualdad se reducirá necesariamente la delincuencia, sino porque tales cambios

podrían, al menos y entre otros efectos, atenuar la tendencia a pensar que la solución al problema de la delincuencia es una represión cada vez más severa.

En el nivel formal, la consolidación de los órganos encargados del control penal directo es un aspecto indispensable. Sin instituciones eficaces y sin funcionarios conscientes de su poder social y político (en el sentido no partidista), la mejor legislación resultará ineficaz. Así, un Organismo Judicial que no asuma su responsabilidad de verdadero poder del Estado no podrá actuar de manera independiente en el marco de relaciones con los demás poderes.

En el ámbito de la legislación, debe tenerse en cuenta que las reformas deben ser coordinadas y pragmáticas. No es racional llevar adelante una reforma liberal del derecho procesal penal y conservar un Código Penal represivo. Establecer en el primero, por ejemplo, un amplio criterio de oportunidad de la persecución penal y, en el segundo, aumentar el número de comportamientos delictuosos y agravar las sanciones. No se puede hacer depender la represión de la intervención de las víctimas en un número cada vez mayor de delitos y, al mismo tiempo, no mejorar el acceso a la justicia ni prever respuestas penales alternativas. Resulta inconveniente pretender reforzar un sistema procesal equitativo y fomentar la utilización del derecho penal como medio expeditivo para resolver los problemas planteados por la ocupación de tierras, tratándolos ampliamente como casos de usurpación sin considerar que pueden constituir asuntos de orden civil. Es así mismo contraproducente tratar de combatir el grave problema de los secuestros violando el principio de legalidad (en el Artículo 201 del código penal, no se dice en qué consiste el plagio o secuestro) y estableciendo penas extremadamente severas. Situación que se agrava cuando se recurre a medios y procedimientos extrajudiciales y expeditivos.

De modo que no se trata de reprimir más severamente, sino de reprimir de manera adecuada y eficaz. Con este objeto, deben preverse medidas sustitutivas o alternativas de las penas privativas de corta y mediana duración. Penas que evitarían, por ejemplo, la sobrepoblación en los establecimientos penales; pero que constituirían al mismo tiempo respuestas que no sean percibidas como equivalentes a la impunidad. De acuerdo con la naturaleza de los delitos, podrían considerarse como sanciones el trabajo en favor de la comunidad, el retiro del permiso de

conducir, la reparación forzada del daño producido. Y en ciertos casos, la conciliación entre las partes como solución del conflicto (hace tiempo previsto en algunas legislaciones para los delitos perseguibles a iniciativa privada y delitos de poca gravedad). En esta perspectiva, debería también considerarse la posibilidad de utilizar, en los casos que las conciernen, algunas de las respuestas que dan las comunidades nativas, siempre y cuando sean conformes a los derechos humanos.

2.4 Regulación de la corrupción en Guatemala

Aunque el tema específico en la presente tesis es el del delito de enriquecimiento ilícito, no nos podemos abstraer de la necesidad de desarrollar primero todo lo relativo a la corrupción pues este es el Continente y el delito abordado el contenido, de tal suerte que todo lo que se ha dicho de la corrupción es valedero igualmente para la figura típica del enriquecimiento ilícito, que es precisamente el que Guatemala debe de legislar para cumplir con el mandato contenido en la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Aclarado lo anterior abordaremos el tema siguiendo en primer termino cual es el bien jurídico para este tipo de delitos contra la corrupción, luego examinaremos los elementos comunes de los tipos penales que se encuentran regulados en nuestro Código Penal y que puedan tener relación con la corrupción.

2.4.1 Bien jurídico tutelado en los delitos contra la corrupción

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

Jurídicamente Protegido", se está advirtiendo que no se trata de proteger la mera lesión o puesta en peligro de cualquier clase de bien como tal, sino sólo cuando el mismo está elevado a categoría jurídica por parte del Estado. La lesión de los intereses de la sociedad, derivada de la conducta del hombre, por reprobable que sea, ninguna consecuencia penal acarrea si el Derecho Punitivo no ha tomado bajo su tutela el interés afectado. Con la creación del tipo penal (la descripción que hace la ley penal de una conducta), el interés pasa a la categoría de bien jurídico y la lesión respectiva es ya una lesión puesta en peligro de un bien jurídico.

Desde otro punto de vista, el objeto jurídico protegido por la norma penal y que resulta lesionado o puesto en peligro por el sujeto activo, sirve como elemento directriz de ordenación de las figuras delictivas o tipos penales dentro de un Código Penal sustantivo en su parte especial, tal es el caso de nuestro ordenamiento penal vigente en el cual las figuras delictivas está agrupadas atendiendo al bien jurídico protegido, de la manera siguiente:

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

Es evidente pues, la importancia que reviste el bien jurídico tutelado, no sólo como objeto jurídico del delito, sino como elemento ordenador de las figuras delictivas en los diferentes códigos penales que parten del valor jurídico que el Estado protege en la norma penal, para estructurar adecuadamente el Derecho Penal sustantivo en su parte especial.”²⁴

Siguiendo este orden de ideas, podemos siguiendo la línea de los distinguidos profesionales del derecho ya antes citados decir que: “...la doctrina contemporánea del derecho penal, distingue dos clases de objetos jurídicos en el delito: uno que es genérico y que está constituido por el bien o interés colectivo o social que el estado como ente soberano tiende a su conservación y en tal sentido aparece indistintamente en toda clase de delitos; el otro que es específico y que está constituido por el bien o interés del sujeto pasivo. y que cada uno de los delitos particularmente posee, en cuanto se lesiona o pone en peligro el particular interés del agraviado.

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

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

Los intereses o bienes jurídicos tutelados que corresponden generalmente a una persona individual son: la vida, su integridad personal, su honor, su seguridad y libertad sexual, su libertad y seguridad persona, su patrimonio, su orden jurídico familiar, su estado civil, etc.; en tanto que las personas jurídicas o colectivas pueden verse lesionadas o puestas en peligro en su patrimonio o en su honor. El Estado particularmente puede verse amenazado, tanto en su

²⁴ De León Velasco, Héctor Anibal, De Mata Vela, José Francisco, “Derecho penal guatemalteco” Págs. 235 y 236.

seguridad interna como externa, y la sociedad se protege de los delitos que atentan contra la seguridad colectiva. Para cerrar el presente tema, sólo resta advertir que los sujetos (activo y pasivo), el objeto (material), y el bien jurídico tutelado (objeto jurídico), juegan el papel de presupuestos indispensables para la conformación real de delito, por cuanto éste no podría existir sin concurrencia de cada uno de ellos.”²⁴

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

El concepto de administración pública, en el título que nos ocupa no coincide con el que le asigna el derecho administrativo, que es mucho más amplio puesto que comprende el aspecto funcional de dos de los tres poderes. Dice Molinario que la expresión administración pública es susceptible de ser empleada en dos sentidos:

- En sentido restringido se refiere al conjunto de dependencias subordinadas al poder ejecutivo, generalmente en el derecho constitucional, en el derecho administrativo, en el derecho político se habla de administración como sinónimo de poder administrador.
- Pero en materia penal, al hablar de administración pública, no restringe su sentido al de poder ejecutivo sino que lo aplica para toda la administración pública ejecutiva y legislativa.

Sin embargo otros autores como Carlos Creus la protección penal del título se extiende tanto a las funciones administrativas propiamente dichas, en cuanto a las otras funciones del estado, legislativa y judicial, por tanto el concepto penal de administración pública es algo muy

²⁴ Ob. Cit. Pág. 238

lato: "es el gobierno del estado integrado con todos los poderes que lo componen, con los servicios que son inherentes a esos poderes o que el estado atrajo a sus esferas por razones practicas pero en cumplimiento de finalidades publicas".²⁵ Puede decirse entonces que el objeto de protección es la regularidad y eficiencia de la función pública concebida en su sentido más extenso, comprensivo de la función publica en su sentido propio, es decir de la que importa un encargo del estado en la persona del funcionario, por medio del cual aquel expresa su voluntad frente a y sobre los administrados, como del servicio publico que se desenvuelve dentro de la administración.

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

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

En este título aparecen los delitos contra la administración. Se entiende por administración pública, la actividad administrativa de los órganos del Estado en todas sus escalas o jerarquías.

El bien jurídico tutelado, esto es, el criterio legal ordenador para la determinación del

²⁵ Citado por Torio López, "*Delitos contra la administración pública*" Pág. 425

injusto es la administración pública. Nuestro Código Penal adopta la sistemática del Código Penal Tipo según se indica en la exposición de motivos; el Código Penal Tipo a su vez, recoge en su totalidad la doctrina del Código Penal italiano de 1930 proveniente del proyecto Rocco. Consecuente con tal doctrina, nuestra ley divide en dos capítulos principales las incriminaciones de este título: por una parte de los “delitos contra la administración pública cometidos por particulares” (como el atentado, resistencia y desacato) y por la otra “los delitos cometidos por funcionarios o por empleados públicos” (los delitos clásicos de funcionarios como peculado, cohecho, abuso de autoridad y otros).

El título “delitos contra la administración pública” aparece en diversos códigos penales de América Latina, verbigracia:

- a) Código Penal de Brasil: les denomina: crímenes contra la administración pública, y su división es igual a la que hemos comentado.
- b) Código Penal de Argentina: les denomina delitos contra la administración pública; dentro de ellos agrupa tres grandes apartados de delitos:
 - 1. Los ataques a la autoridad pública (atentado, resistencia etc.).
 - 2. Los delitos de los funcionarios públicos (abusos de autoridad, cohecho, etc.).
 - 3. Los ataques a la jurisdicción (prevaricato, denegación de justicia, etc.)²⁶
- c) El Código Penal de México no hace una referencia específica a delitos contra administración pública, pero se refiere en dos títulos diferentes a: delitos contra la autoridad y delitos cometidos por funcionarios públicos²⁷ .
- d) La corriente europea respecto de estos delitos se manifiesta así:

²⁶ Torio López, Ob. Cit. Pág. 423)

- 1°. En el derecho penal Alemán “los delitos de los funcionarios del Código Penal alemán de 1871 se mencionan en el proyecto Oficial de 1960/62 como delitos contra la función pública”²⁸ desechándose el capítulo de delitos en la función pública por presentar estos delitos el defecto de que la autoría del funcionario se considera suficiente para incluirlo dentro del tipo penal, siendo desplazados otros aspectos importantes para catalogar el bien jurídico; Como ejemplo se citan los llamados delitos impropios de los funcionarios, indicándose que:

“Es difícil ver porqué la privación de libertad (que para nosotros viene equivaliendo al delito del Art. 424) cometida en el ejercicio de la función debe separarse de los generales delitos contra la libertad y hallarse regulada dentro de los delitos de los funcionarios... La comisión del hecho por un funcionario en nada modifica el dato que la libertad está en primer plano como bien jurídico protegido”

También es de mencionarse como aspecto relevante en el derecho penal alemán que “la malversación de caudales públicos, deja de ser tipo independiente dentro de los delitos de los funcionarios y pasa a ser una apropiación indebida, para la cual no se prevé una agravación típica de la pena si el sujeto es un funcionario”²⁹

- 2°. El Código Penal Austriaco vigente desde 1975 no presenta un sistema de delitos contra la administración pública como el del Código Penal italiano (que usamos como referencia por ser precedente del nuestro); “En el Título 19° contiene los *“delitos contra la autoridad del Estado”* como figuras independientes de las infracciones punibles de deberes oficiales y acciones punibles afines”.

De este orden, vemos que solamente los países que han seguido el Proyecto Rocco utilizan la división inicialmente mencionada y que sigue nuestra ley. Conviene entonces dar al vocablo

²⁷ Carrancá y Rivas, “*Derecho penal 1983*”: Págs. 888 y 889

²⁸ Torio López, Ob. Cit. Pág. 424

²⁹ *Ibíd.* Pág. 425

administración el sentido que da el proyecto aludido. Los delitos contra la administración deberían caracterizarse por dar proyección a bienes jurídicos eminentemente administrativos.

“Pero cuando se habla de delitos contra la administración, no se toma este concepto en sentido correlativo al que posee en el marco de la doctrina de la división de poderes”.³⁰

No es utilizada la noción en sentido técnico, lo que explica que el atentado o desacato a miembros del poder judicial no se considera como delito contra la jurisdicción, sino como delito contra la administración pública. En los códigos penales modernos, la prevaricación judicial se distingue del abuso de poder, o de la prevaricación de los funcionarios. Esto parece indicar que la ley penal toma en cuenta la separación política entre jurisdicción y administración, es decir, dedica tipos diferentes a la protección de los intereses propios de cada poder. Pero esta apariencia se desvanece cuando se observa que en el cohecho, la violación de secretos, etc. Pueden ser afectados indiferentemente intereses jurisdiccionales o administrativos. La premisa de la división de poderes no se desenvuelve en el derecho penal de forma lógica o lineal. La doctrina, especialmente la italiana reconoce ampliamente tal conceptualización penal de la administración, así, Antolisei³¹: afirma que: “el concepto de administración pública no puede tomarse en sentido estricto sino amplio, comprendiendo toda la actividad del Estado y los demás entes públicos. Los delitos correspondientes no tutelan solo la actividad administrativa, sino también la legislativa y judicial”.

El bien jurídico tutelado, es a criterio del mencionado autor “tanto el funcionamiento regular como el prestigio de las instituciones públicas. Conforme a este criterio en los delitos contra la administración cometidos por particulares se protege el interés de su desenvolvimiento ordenado, decoroso y eficaz, frente a ataques procedentes de extraños. En los delitos cometidos por los funcionarios, es protegido principalmente el interés del Estado a la probidad, discreción, imparcialidad, fidelidad y disciplina de las personas que desempeñan funciones publicas”, y su presencia es una respuesta posible a la corrupción característica de las administraciones recientes en nuestro país, sin embargo, será un punto de ahondar en el futuro, cuál es finalmente el bien

³⁰ Torio López, *Ob. Cit.* ; Pág. 425

jurídico prevaleciente en los casos en que la simple autoría determina la colocación del delito en el código.

2.4.2 La exigencia de una concreción del bien jurídico

De la aparición de la corrupción como fenómeno sistémico, a la consideración creciente de las patologías de la acción administrativa en todos sus aspectos (prevaricación, abusos en el ejercicio de la función, malversación, omisiones de los deberes de oficio o cargo), la problemática está, sin embargo, encuadrada casi exclusivamente desde una perspectiva de política criminal, y las opciones avanzadas reflejan condicionamientos a menudo sometidos a exigencias represivas; lo que, a su vez, no permite siempre una adecuada ponderación de las peculiares exigencias dogmáticas de la materia.³²

Entre éstas, principalmente aquélla que debería guiar una reforma de los tipos penales que tutelan la administración pública: la correcta individualización de los intereses que se entienden tutelados y, por tanto, el debate sobre el bien jurídico. El presupuesto de partida del que, a mi parecer, se debería empezar, puede parecer casi paradójico: en una materia que se empeña en amparar la articulación de la función pública, que se promete asegurar conforme al ‘buen funcionamiento e imparcialidad’ –las expectativas institucionales sobre el actuar de los aparatos estatales–, las líneas directrices de la reforma debería estar dirigidas hacia el progresivo abandono de una dimensión exclusivamente abstracta del bien jurídico (tomado como bien jurídico genérico) y la correspondiente ganancia progresiva a favor de una dimensión, en cuanto sea posible individual, particularista, del objeto de tutela, reconstruido con líneas específicas según cada norma. O sea, debería siempre estar más valorada la diferencia entre bien jurídico como categoría –objeto

³¹ Citado por Torio López, Pág. 428.

³² Por la importancia que tiene el bien jurídico para el presente trabajo y en pleno respeto de los derechos de autor, este apartado específico del mismo lo tomaremos de comunicación presentada en las jornadas de derecho penal sobre "*Reflexiones dogmáticas y político-criminales sobre la parte general y especial del derecho penal*", celebradas en Granada del 16 al 19 de noviembre de 1999. traducción literal, aprobada por el autor, de Herminio Ramón Padilla Alba, profesor ayudante de derecho penal de la universidad de Córdoba.

jurídico 'en vulgar definición' que a menudo no es más que una paráfrasis de criterios sobre los que se querría fijar la misma función administrativa" – y bien jurídico específicamente tutelado por cada norma, enfocado sobre un aspecto particularista y más concreto de tutela; un esfuerzo que, en definitiva, vaya de lo universal a lo particular.

Ciertamente no es necesario subrayar las ganancias que ofrece esta postura. Baste recordar que una progresiva concreción del bien tutelado, referido 'a la medida del hombre', permitiría pasar de una óptica formalista, a menudo demasiado escondida tras principios generales y omnicomprendivos (aun cuando valorados constitucionalmente)³³, a una óptica que, a través de parámetros más tangibles, permita dar concreto relieve a los diversos grados de la ofensa.

La exigencia de concreción del tipo penal, donde principalmente surge la "cara funcional" de la tutela, parece recientemente haber también recogido confortantes consensos de legitimidad por parte de la jurisprudencia.

Un primer ejemplo se tiene en el delito de abuso en el ejercicio del oficio o cargo³⁴ (Artículo 323 del Código Penal), donde la reconstrucción del tipo según el esquema del delito de resultado (la ventaja patrimonial o el daño para el particular) y no del de simple actividad (cualificada por

³³ En particular, hoy más que nunca está viva la exigencia de evitar en la elección del paradigma sobre el que conjugar la afirmación penal– huidas hacia lo alto (que tienen el inconveniente de principios demasiado generales) y solicitar, sin embargo, un empuje hacia lo bajo, guiado por la trama no de unos principios generales sino de una reglas concretas (que constituyen el apéndice operativo de los mismos principios); en la actuación de los principios se juega, en efecto, la fundamental elección política del legislador, y el juez no puede entrar de nuevo en la discusión a través de una interpretación per saltum que lleve a los mismos principios. Dicho de otro modo, la misma prerrogativa del poder legislativo sería prejuzgada, y la división de poderes hecha blasón de una gloria pasada. La Corte Suprema de Casación, por otra parte, recientemente ha demostrado sensibilidad por tales consideraciones, declarando no susceptibles para ser tomados, como criterios de valoración de la violación de la ley típica del reformado tipo penal de abuso en el ejercicio del cargo o función, los principios del Art. 97 de la Constitución italiana, considerados demasiado generales (porque se trata precisamente de principios y no reglas: cfr. nuestro comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Casación de 4 diciembre de 1998, Tosches, en Foro it., 1998, II, p. 390, donde también hay un comentario de La Grecia).

³⁴ En Guatemala el equivalente sería la figura del *Abuso de autoridad del Artículo 418.-* El funcionario o empleado público que, abusando de su cargo o de su función, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario o ilegal en perjuicio de la administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones de este Código, será sancionado con prisión de uno a tres años. Igual sanción se impondrá al funcionario o empleado público que usare de apremios ilegítimos o Innecesarios.

el dolo específico de la ventaja o del daño), ha llevado a la jurisprudencia –al menos en los casos de abuso de daño (correspondiente, en cierto sentido, al delito de ‘Prevaricación’ del Art. 404 del Código penal español) ³⁵ a reconsiderar el bien jurídico desde una óptica de pluriofensividad que tenga en cuenta tanto el interés público al buen funcionamiento y transparencia de la administración pública como el concurrente ‘interés particular a no ser perturbado en sus derechos por el comportamiento ilegítimo del funcionario público’. Por tal vía, la Corte Suprema de Casación ha venido a reconocer a la persona que sufre el daño la cualidad de persona ofendida por el delito, con las consiguientes facultades de derecho sustancial y procesal que vienen atribuidas personalmente a ésta. ³⁶

También en tema de omisión por actos de oficio o cargo (Artículo 328 del Código Penal)³⁷ se encuentran afirmaciones jurisprudenciales dirigidas a definir el objeto de la tutela valorando el perfil externo de la tutela de la función administrativa, o bien el momento de contacto con la esfera de los administrados, llamados a desarrollar un rol no de comparsa sino más bien de coprotagonistas. Una reconstrucción como ésta aparece en una reciente sentencia que considera inaplicable el párrafo segundo del Artículo citado en lo que a las relaciones entre las administraciones públicas, afirmando que "la norma (...) está destinada a prestar sustancial tutela al interés del ciudadano particular que formalmente se dirige al funcionario público (o al encargado del servicio público) en petición de cumplimiento de un acto de su oficio o cargo y, en cualquier caso, de respuesta para conocer las razones del retraso, fijando una plazo temporal (30 días) y formal (demanda en forma escrita), unidos a la recepción de la demanda misma por parte de la administración pública" por ejemplo en la sentencia de la Corte Suprema de Casación de 30 de noviembre de 1998, Fusco, en Guida dir., n.º 12/1999, pp. 77 y ss., y precedentes citados en la motivación.

³⁵ En Guatemala no habría esta posibilidad pues el delito de prevaricato contemplado en el Artículo 462 del Código Penal, tiene como sujeto activo específico solo al Juez y no al funcionario público entendido como parte del organismo ejecutivo

³⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Casación de España, de 3 marzo de 1999, Inchingolo, en Guida. dir., n.º 15, pp. 57 y ss., en donde, en efecto, se le reconoce al particular la legitimación para oponerse a la petición por parte del Ministerio Fiscal de archivar la demanda.

³⁷ En Guatemala se contempla el delito de omisión de denuncia en el Artículo 457 del Código Penal.

También en esta decisión, por tanto, se asiste a un esfuerzo de concreción del bien jurídico institucional, huyendo de una reconstrucción abstracta del mismo y de una consiguiente interpretación formalista del tipo penal. Este compartido tema sobre una interpretación sustancial del tipo penal no es, sin embargo, constante ni común a todos los tipos penales.

Ejemplos vagos se recogen como muestra en tema de malversación donde si alguna vez se abraza la óptica de la pluriofensividad (tutela, ya sea del bien abstracto del buen funcionamiento e imparcialidad de la administración pública, ya sea del patrimonio de la misma) para excluir la ofensividad (o la misma tipicidad) de la conducta de apropiación de cantidades pequeñas, otras veces se asigna un primer plano a la misma perspectiva institucional de la tutela por considerar irrelevante para la configuración del delito el importe de la cantidad objeto de apropiación. Así en la Sentencia de la Corte Suprema de Casación de 24 de septiembre de 1996, n.º 8647, en Guida dir., n.º 50/1996, donde se afirma que la exigüidad de la suma sustraída en el delito de malversación ('peculado') no excluye el delito, porque de cualquier modo subsistiría la lesión del buen funcionamiento e imparcialidad de la administración pública. La Corte Suprema de Casación no estima, pues, también necesaria la lesión del bien jurídico patrimonio, como ha afirmado en decisiones precedentes que afirmaban la irrelevancia penal de sustracciones exiguas; en este caso, entonces, la perspectiva es exclusivamente la institucional.

La extensión del tipo penal de corrupción a la recepción (o aceptación de la promesa) de favores indebidos por el simple ejercicio de la función, o en consideración de la misma (como expresamente prevé el Art. 426 del Código Penal) –elegida también por el legislador alemán en tema de corrupción en la reciente Gesetz zur Bekämpfung der Korruption de 1997, significaría optar por una tutela centrada más en la simple venalidad del cargo u oficio, de la calificación pública, que no de la efectiva corrección en la actividad desarrollada.

Además, una reforma de este género significaría buscar la solución del problema extendiendo el área de relevancia penal hasta comportamientos de dudoso significado, lejos de un derecho penal del hecho y peligrosamente vecinos a un derecho penal del autor, por considerar reprochable precisamente su actitud venal. Así el legislador demostraría, una vez más, una

afición casi monomaniaca por el instrumento penal, llamado a intervenir como protagonista principal y del que se pretende actuaciones siempre más ávidas.

La lógica es clara, y responde al criterio del 'more of the same'; la misma terapia, pero más enérgica. Se olvidaría, sin embargo, que hasta ahora esta 'terapia de hurto' más simbólica que efectiva ha dado poquísimos frutos, y que frente a fenómenos que siempre asumen más una dimensión sistémica, el verdadero giro estaría en una radical inversión de dirección hacia la puesta en funcionamiento de instrumentos preventivos, o también de tipo sancionatorio, pero de otra naturaleza (medidas de interdicción, mecanismos de control efectivos, hoy afectos de una ineficacia tragicómica, etc.). En definitiva, retomando el punto de partida de Marinucci (7), sería preciso enlazar una técnica de construcción del ilícito donde aparezca el bien jurídico sin una precisa individualización de las modalidades de lesión. Y, seguramente, un tipo penal de corrupción, construido sobre el pagamiento de lo indebido para el ejercicio de la función, representaría una norma fantasma totalmente desvinculada de contraseñas de tipicidad que puedan esclarecer el perfil del bien jurídico que se quiere tutelar, y, por tanto, sin verdadera capacidad selectiva.

2.5 Delitos contenidos en el Código Penal

La Constitución es la base normativa fundamental sobre la cual se sustenta la expectativa de los habitantes de la República sobre la existencia, organización y funcionamiento del Estado. Aún cuando se argumente, con razón, que su creación constituye el reflejo de un proceso político de transición en la cual no estaban representadas todas las corrientes políticas, existe la aceptación generalizada que bajo sus principios se debe regir el comportamiento tanto de los gobernados como de los gobernantes. De tanta importancia resulta este cuerpo normativo, que reconoce, como principio general, que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados tienen preeminencia sobre el derecho interno (Artículo 46 Constitución Política de la República de Guatemala), sujetándose e incorporando al derecho internacional el comportamiento del Estado en esta materia. De esta manera, la Constitución se instituye como el pacto básico que rige las relaciones entre gobernantes y gobernados, donde los últimos renuncian, por el interés

común, a intervenir en determinados conflictos para permitir que los primeros, dentro de límites, impongan su decisión en forma coactiva.

Cuestión fundamental resulta entonces dilucidar la naturaleza del Estado, ya que por principio no tiene existencia por si mismo, su origen radica en que la Constitución plantea su finalidad y estructura. El Artículo 1 y 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común; le asigna como deber fundamental garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. Por lo tanto, su poder no es absoluto, sino que cumple una finalidad determinada. De esta manera, los funcionarios son depositarios de autoridad, sujetos a la ley y al servicio del Estado (Artículo 154 Constitución Política de la República de Guatemala). Estos principios constitucionales suponen que en las acciones del Estado, materializadas a través de los funcionarios, rige el principio de legalidad, en el sentido de que toda acción deberá estar establecida en una ley previa. En el caso de las personas rige el principio de libertad de acción (Artículo 5 Constitución Política de la República de Guatemala): todo lo que no está prohibido está permitido.

El principio de legalidad que rige para los funcionarios públicos es fundamental, pues enriquece la expectativa de las personas respecto a que la función del Estado se cumpla de conformidad a su naturaleza generando seguridad jurídica de las acciones de los funcionarios. El fin práctico del principio de legalidad es evitar la arbitrariedad que conduce en definitiva al abuso del poder. El sentido de la legalidad no significa únicamente el cumplimiento de su carácter formal, que incluye su proceso de creación y designación como tal, sino que también adquiere un sentido sustancial, por cuanto que la Constitución establece la coherencia entre ésta y todo el sistema normativo. Por esta razón se establece que ninguna ley podrá contrariar sus disposiciones, las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *Ipsa Jure*. De esta manera, se establece un sistema normativo integrado, tanto en su forma como en su contenido, donde la Constitución establece los principios y las leyes su aplicación inmediata.

El principio de legalidad es fundamental para comprender el fenómeno de la corrupción, pues el mismo, en forma general, se refiere a las acciones u omisiones de los funcionarios públicos tendientes a la "violación del interés público encaminadas a la obtención de privilegios, de ventajas especiales, a favor de los propios administradores, allegados, amigos o socios". Para Harvard Joseph s. Nay, corrupción es: "una conducta que se desvía de las obligaciones del orden público normales debido a intereses personales (familiares o de allegados) o beneficios monetarios o de orden social; o que viola normas respecto al uso de cierto tipo de influencias con fines personales. Esta definición incluye conductas tales como el cohecho (utilización de gratificaciones con el fin de influenciar el juicio de una persona de cierta jerarquía, nepotismo (elección por vínculos familiares y no por méritos personales) y malversación de fondos (apropiación ilícita por particulares de recursos públicos)"

Con el fin de enriquecer la definición operativa de corrupción, es importante aclarar con precisión su origen etimológico, para el efecto, José María Simonetti considera que proviene de *corrumpere*, compuesta de la partícula *cum* y otra forma verbal latina: *rumpo*, *rumpis*, *rumpere*, *rupsi*, *ruptum*, que literalmente significa romper. Para el autor, la traducción litera rígida, *corrumpere* debería significar: "romper con" y "romper en unión de", pero, en realidad, quiere decir "echar a perder, pudrir". De esto deriva que el fenómeno de la corrupción se refiere a una alteración que desvía un proceso u orden de cosas y que recae sobre lo que es o debería ser lo genera, lo normal. Como se aprecia de esta observación etimológica, en el fenómeno de la corrupción aparecen dos elementos: un orden originario, que resulta quebrado por algo exterior y que, como resultado de ello, se echa a perder, se pudre. Por esta razón, lo corrupto debiera ser lo marginal, en cuanto significa la desviación de un proceso establecido.

De esta manera, el fenómeno de la corrupción adquiere una relación directa con desvirtuar el principio de legalidad, desnaturalizando la función pública y por tanto la naturaleza del Estado: el bien común y el desarrollo integral de la persona.

En ese sentido a continuación se analizarán los delitos contenidos en nuestro Código Penal que atentan contra la administración pública.

2.6 El abuso de autoridad.

2.6.1 Definición:

El delito se realiza cuando el sujeto activo abusando de su cargo, ordena o comete cualquier acto arbitrario o ilegal en perjuicio de la administración o de los particulares, que no se halle especialmente previsto en el código. En su tenor literal el tipo penal prescribe: *“El funcionario o empleado público que, abusando de su cargo o de su función, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario o ilegal en perjuicio de la administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones de este Código, será sancionado con prisión de uno a tres años. Igual sanción se impondrá al funcionario o empleado público que usare de apremios ilegítimos o innecesarios.”*

2.6.2. Elementos

a) Materiales. Se materializa el hecho, a través de:

1°. Ordenar o cometer un acto arbitrario o ilegal;

2°. Que dicho acto perjudique a la administración o a los particulares;

3°. Que no se halle especialmente previsto en las disposiciones del Código. En cuanto al primer aspecto, entendemos que el acto ordenado no solamente sea ilegal, puede ser simplemente arbitrario, indebido, sin causa; nos parece entonces, redundante la exigencia legal de que el hecho se efectúe abusando del cargo o de la función pues es evidente, que si ordena un acto ilegal, no está usando ponderadamente del cargo a de la función.

b) Interno. El delito es doloso, exige un propósito especial, el perjudicar la administración pública o los particulares a través del acto arbitrario o ilegal ordenado.

2.6.3. Incumplimiento de deberes

2.6.3.1. Definición

El delito se comete cuando el sujeto activo, omite rehúsa hacer, o retarda algún acto propio, de su función o cargo, tal y como lo describe el Artículo 419 del Código Penal que indica: *“El funcionario o empleado público que omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función o cargo, será sancionado con prisión de uno a tres años.”*

2.6.3.2. Elementos

- a) **Materiales.** El hecho admite tanto la forma activa como la pasiva. En esta última el activo omite o rehúsa hacer algún acto propio de su función o cargo. Cuando lo retarda puede realizar algún acto material activo para tal efecto. La ley se refiere a funcionarios o empleados públicos sin distinción de jerarquías; atiende sólo a su carácter genérico de ser funcionario o empleado público.
- b) El elemento interno se integra con el querer omitir, rehusar o retardar un acto propio que el funcionario deba realizar; esto es, que no sea optativo, discrecional, sino que deba realizarse por razón de la función o el cargo. El capítulo V del título V del código, se denomina también, incumplimiento de deberes, mas tal incumplimiento se refiere, como ya se dijo antes a los deberes de asistencia familiar.

2.6.4 Desobediencia de funcionario ó empleado público

2.6.4.1. Definición

El Artículo 420 del Código Penal establece que: *“El funcionario o empleado público que se negare a dar el debido cumplimiento a sentencias, resoluciones u órdenes de autoridad superior dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de doscientos a dos mil*

quetzales.”

Lo que implica que dicho tipo penal se comete no dando cumplimiento a sentencias, resoluciones u órdenes de autoridad superiores dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formulaciones legales. Este tipo de figuras delictivas, que buscan mediante la amenaza de una penalización de carácter penal, defender el respeto y el acatamiento a las resoluciones emitidas por las autoridades del estado, han sido severamente criticadas desde la óptica de un derecho penal democrático y respetuoso de los derechos humanos en base a que no defienden ningún Bien Jurídico Tutelado, per se, sino más bien la mera autoridad del Estado, que puede garantizarse con otro tipo de normativa, de carácter administrativo, por lo que se esta violentando con esto los principios penales de Extrema Ratio, Lesividad y Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos.

2.6.4.2. Elementos del tipo

- a) **Objetivos** Se materializa el hecho cuando el sujeto activo, que es determinado como sabemos, se niega a dar cumplimiento, a sentencias, resoluciones u órdenes de autoridad superior. Estimamos que el calificativo: debido, está demás, por cuanto que el propio tipo penal establece que tales resoluciones u órdenes hayan sido dictadas dentro de las competencias de la autoridad superior y revestidas de las formalidades legales. El otro aspecto, es que las sentencias, resoluciones u órdenes provengan de una autoridad jerárquicamente superior conforme a la ley, que aquella que incumple o desobedece la orden, resolución o sentencia.

- b) **Subjetivos.** El elemento intencional esta integrado por querer negarse a dar cumplimiento a la resolución, orden o sentencia de autoridad superior sabiendo que lo es y que esta revestida de las formalidades legales.

2.6.5. Denegación de auxilio

2.6.5.1. Definición

El Código Penal guatemalteco en su Artículo 421 establece el tipo penal de Denegación de Auxilio y literalmente expresa: “El jefe o agente de policía o de cualquier fuerza pública de seguridad, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por autoridad competente, será sancionado con prisión de uno a tres años”

2.6.5.2. Elementos

a) Materiales. La materialidad del hecho se integran por :

1°. Rehusar, omitir o retardar sin causa justificada la prestación de un auxilio.

2°. Que dicho auxilio haya sido requerido por autoridad competente, esto es no se trata simplemente de la negación de cualquier auxilio que se solicite al sujeto activo, por un particular, sino por una autoridad para requerirlo.

a) Internos. La conciencia y la voluntad del jefe o agente de policía de rehusar u omitir la prestación del auxilio a la autoridad competente o el querer retardar dicho auxilio.

2.6.6. Revelación de secretos

2.6.6.1. Definición:

Comete este delito, según lo preceptúa el Artículo 422 del Código Penal³⁸, el funcionario o empleado público que revelare o facilitare la revelación de hechos, actuaciones o documentos de los que tenga conocimiento por razón del cargo y que por disposición de la ley deben permanecer

³⁸ En cuanto a la pena “ *Será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales*”

en secreto.

2.6.6.2. Elementos

a) Objetivos la materialidad está integrada por :

- 1°. Revelar o facilitar la revelación de hechos, actuaciones o documentos.
- 2°. Que tales hechos, actuaciones y documentos el activo tenga conocimientos por razón del cargo que ocupa o desempeña.
- 3°. Que tales hechos, actuaciones o documentos deben permanecer en secreto porque la ley así lo ha dispuesto previamente.

b) Subjetivo. Que el sujeto activo quiera revelar hechos, actuaciones o documentos de los cuales conoce por razón del cargo que desempeña, y que la ley haya dispuesto que los mismos deban permanecer en secreto.

2.6.7. Resoluciones violatorias de la Constitución

2.6.7.1 Definición

El Artículo 423 del Código Penal establece, que comete este delito el funcionario o empleado público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a disposiciones expresadas en la Constitución de la República o a sabiendas, ejecutare las órdenes o resoluciones de esta naturaleza dictadas por otro funcionario, o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.

2.6.7.2 Elementos

En este delito se puede apreciar los elementos de tres formas:

a) Que tal funcionario o empleado público dicte resoluciones u órdenes contrarias a disposiciones expresadas en la Constitución de la República. En este caso el delito esta siendo cometido cuando:

1°. Se dictan por un funcionario resoluciones u órdenes.

2°. Si tales resoluciones son contrarias a disposiciones de la Constitución de la República.

3°. Es necesario que tales disposiciones que se contradicen de la Carta Magna, sean expresas, tajantes, claras que no dejen lugar a dudas de lo que la ley fundamental requiere. Elemento interno del hecho es, entonces la voluntad de dictar resoluciones u órdenes que son contrarias a disposiciones expresadas de la Constitución. Delito doloso; requiere el dolo específico, no el genérico de dictar resoluciones simplemente contrarias a la Constitución, sino contrarias a disposiciones expresas de ella.

b) Que el sujeto activo ejecute las órdenes o resoluciones contrarias a disposiciones expresadas de la Constitución de la República, dictadas por otros funcionarios. En este caso la objetividad del hecho se concentra a través de:

1°. Ejecutar órdenes o resoluciones contrarias a disposiciones expresadas en la Constitución;

2°. Que dichas órdenes o resoluciones hayan sido dictadas por otro funcionario.

No se trata aquí de ejecutar tales órdenes que violen expresamente preceptos constitucionales; requiere entonces la actuación delictiva, la ejecución de una orden manifestante violatoria de la Constitución dictada por otro funcionario.

c) Que el funcionario o empleado no ejecute las leyes cuyo cumplimiento le incumbe; en

este caso se da lo opuesto a lo señalado en el párrafo anterior, esto es que el funcionario o empleado debiendo ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbe no lo hace, claro es, conforme el nombre del delito que dichas leyes deben emanar de la propia Constitución de la República.

El elemento interno en el caso señalado *supra* (numeral b) consiste en querer ejecutar las órdenes emanadas de otro funcionario sabiendo que contravienen disposiciones expresadas de la Constitución. En el numeral c) el elemento interno es la voluntad expresa de no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbe.

2.6.8 Detención irregular

2.6.8.1. Definición

El Artículo 424 del Código Penal establece: “El funcionario o encargado de un establecimiento de reclusión, que admita el ingreso de alguien sin orden legal de autoridad competente, no ponga al detenido a disposición del juez o autoridad respectiva o no dé debido e inmediato cumplimiento a una orden de libertad legalmente expedida, será sancionado con prisión de uno a cinco años. En la misma pena incurrirá el funcionario o empleado público que ocultare, ordenare o ejecutare el ocultamiento de un detenido.” De donde se desprende que este delito lo comete el funcionario o encargado de un establecimiento de reclusión, que admita el ingreso de alguien sin orden legal de autoridad competente, no ponga al detenido en disposición del juez o autoridad respectiva o no dé el debido inmediato cumplimiento de una orden de libertad legalmente extendida.

2.6.8.2. Elementos

Como se aprecia, el delito puede cometerse a través de diversas actividades, por un sujeto activo especial: un funcionario de un establecimiento de reclusión; nuestra ley dice: funcionario o encargado, posiblemente, estimando que alguna vez el encargado no llene los requisitos que la

ley establece para los funcionarios, pero en todo caso, la palabra adecuada seguía siendo: empleado, en lugar de indicada. Las actividades delictivas dentro de este tipo son :

- a) Que admita el ingreso al centro de reclusión, sin orden legal de autoridad competente, de alguien. La disposición en sí, es vaga. Entendemos por el texto del artículo que se debe referir al ingreso al centro de reclusión, sin orden legal con el objeto de ser recluido el pasivo, pero la redacción del artículo puede dar lugar a que también quede incluido el que el funcionario autoriza el ingreso al centro de reclusión , de alguien, sin orden legal, pero con motivación legal. Elemento interno del hecho, es el querer admitir el ingreso al centro de reclusión, sabiendo que quien ingresó carece de orden legal de autoridad competente.
- b) No ponga al detenido a disposición del juez o autoridad respectiva. En este caso el objeto o materialidad, se realiza a través de una persona detenida en el centro de reclusión a cargo del sujeto activo, quien al ser requerido, no pone al detenido a disposición del juez o autoridad que se le requiere. El elemento interno es la voluntad de no poner al detenido a disposición del funcionario competente.
- c) No dé inmediato cumplimiento a una orden de libertad legalmente expendida. Se requiere:
 - ❖ Que el sujeto activo reciba una orden para dar libertad a alguien.
 - ❖ Que dicha orden haya sido legalmente expendida, o sea, por autoridad competente, en acatamiento de la ley.

Esta infracción es propiamente la detención irregular. Es precisamente este tipo de delitos, de los que se discute su inclusión como delito contra la administración pública, pues si bien es cometido por funcionario o empleado público, y de alguna manera se lesionan intereses jurídicos administrativos, lo cierto es que el bien jurídico superior a tutelar es el de la libertad de las personas, cuya soltura no se cumple, pese a la orden legalmente emitida. Por esta razón se les han denominado delitos especiales impropios de

los funcionarios.

“Según la opinión doctrinal dominante, se presenta como delitos especiales impropios, constituidos sobre un delito base con el que comparten la dirección de ataque a un mismo bien jurídico” (según Torio López, *delitos contra la administración pública*: Pág. 430).

Elemento interno del hecho es no querer dar cumplimiento a una orden de libertad legalmente expedida.

- c) Cuando el sujeto activo, oculta, ordena o ejecuta el ocultamiento de un detenido. En este caso el sujeto activo, oculta al detenido o bien ordena que se oculte. Elemento interno: no requiere motivación especial alguna simplemente el dolo genérico del funcionario de querer ocultar un detenido.

El Artículo 425 que se refería textualmente a: “*El funcionario o empleado público que ordenare apremios indebidos, torturas, castigos infamantes, vejaciones o medidas que la ley no autoriza, contra preso o detenido, será sancionado con prisión de dos a cinco años e inhabilitación absoluta. Igual sanción se aplicará a quienes ejecutaren tales órdenes.*” El cual quedo derogado cuando Guatemala implementa el delito de tortura.³⁹

³⁹ “Artículo 201 Bis.- {Reformado por el Artículo 1 del Decreto {58-95}, del Congreso, vigente desde el 19 de septiembre de 1995, el cual queda así:} “Comete delito de tortura quien por orden, con la autorización, el apoyo a aquiescencia de las autoridades del Estado, inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sea físicos o mentales con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, por un acto que haya cometido o se sospeche que hubiere cometido, o persiga intimidar a una persona o, por ese medio, a otras personas.

Igualmente cometen el delito de tortura los miembros de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o de cualquier otro fin delictivo. El o los autores del delito de tortura serán juzgados igualmente por delito de secuestro. No se consideran torturas las consecuencias de los actos realizados por autoridad competente en el ejercicio legítimo de su deber y en el resguardo del orden público. El o los responsables del delito de tortura serán sancionados con prisión de veinticinco a treinta años.”

2.6.9 Anticipación y prolongación de funciones públicas

2.6.9.1. Definición

Estas infracciones se cometen por los servidores públicos (funcionarios o empleados) que ejercen las funciones de un empleo o de un cargo, en el primer caso, sin haber tomado posesión legítima del mismo o sin satisfacer los requisitos legales. En el delito de anticipación de funciones públicas, nuestra ley en su Artículo 426 establece: *Artículo 426 “Anticipación de funciones públicas. Quien entrare a desempeñar un cargo o empleo público sin haber cumplido las formalidades que la ley exija, será sancionado con multa de doscientos a un mil quetzales”.* Igual sanción se impondrá al funcionario que admitiere a un subalterno en el desempeño del cargo o empleo, sin que haya cumplido las formalidades legales. eleva a la categoría de autor del mismo al funcionario que admite un subalterno en el desempeño del cargo o empleo sin que haya cumplido con las formalidades legales.

2.6.9.2. Elementos

- a) El elemento material de la anticipación de funciones públicas está integrado así:
- ❖ El sujeto activo, como es evidente, no ha alcanzado aún la categoría de funcionario o empleado, pues;
 - ❖ Entra a desempeñar el cargo o empleo público sin cumplir con las formalidades legales;
 - ❖ La materialidad del hecho se alcanza, con desempeñar el cargo, como si se hubiesen llenado tales formalidades. Puede darse la variedad indicada, en que el sujeto activo sí es funcionario, como el funcionario que admite un subalterno que no haya cumplido las formalidades legales.
- b) Elemento interno del hecho es, el primer caso, la voluntad de desempeñar el cargo
-

sabiendo que no se han cumplido las formas legales. En el segundo querer que el subalterno desempeñe el cargo, sabiendo que no ha cumplido las formalidades legales.

El delito de prolongación de funciones públicas se realiza en forma inversa, o sea, continuar ejerciendo las funciones del empleo, cargo o comisión, después de haber cesado conforme a la ley. Esta cesación, debe ser conforme a la ley; pudiendo ser: suspensión legal en el ejercicio del cargo, revocación del nombramiento, o bien destitución legal, la prórroga en el ejercicio del cargo, después de haber una desvinculación legal constituye este delito. “El tipo legal requiere como elemento objetivo, estar en el ejercicio del cargo; y como elemento subjetivo del injusto que el agente continúe ejerciendo las funciones propias del cargo a sabiendas de que ha sido revocado el nombramiento que se le expidió o que ha sido suspendido o sustituido en el cargo, empleo o comisión que ha estado desempeñando, o sea que el tipo legal exige la prueba de un dolo específico consistente en la conciencia y voluntad del agente de prorrogar el ejercicio de su función pública a sabiendas de que carece el derecho de continuar en dicho ejercicio, lo que da su específica antijuricidad a la conducta.” (Carranca y Rivas, Pág. 457).

Los delitos de anticipación de funciones públicas y prolongaciones de funciones públicas ha estado comprendidos en la legislación mexicana dentro del delito denominado Ejercicio indebido del servicio público. Como sanción adicional, si los responsables de los delitos mencionados han percibido derechos o emolumentos por razón de cargo o empleo antes de poder desempeñarlo o después de haber debido cesar, están obligados a restituirlos (Artículo 428).

2.6.10. Abandono de cargo

2.6.10.1. Definición

Comete este delito el funcionario o empleado público que, con daño del servicio abandonare su cargo sin haber cesado legalmente de su desempeño⁴⁰. En este caso, se da la contrapartida de la prolongación de funciones; y nos parece que un mejor epígrafe, un mejor rubro debió ser, como se mencionó en los Artículos 426-27, referirse a las funciones, pues en el caso del artículo

⁴⁰ *Artículo 429.- Abandono de cargo. El funcionario o empleado público, que con daño del servicio, abandonare su cargo sin haber cesado legalmente en su desempeño, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.*

que comentamos, bien puede ser que se abandone las funciones, sin que materialmente el servidor deje el cargo, pero en este caso, no habrá delito; Al menos no éste.

2.6.10.2. Elementos

a) El hecho se materializa cuando el sujeto activo:

- ❖ Abandone el cargo, esto es, lo deja;
- ❖ Que no haya una causa para que se tenga por cesación legal, del desempeño del mismo en el activo;
- ❖ Que se cause daño al servicio que se abandona; de manera que si no se causa el daño mencionado, o el servicio continúa sin dicho menoscabo el delito no se integra.

b) El elemento intencional se configura por la voluntad del funcionario de abandonar el cargo, sabiendo que no ha cesado legalmente en las funciones.

2.6.11. Abandono colectivo de funciones, cargos o empleos

2.6.11.1 Definición

Cometen este delito los funcionarios o empleados públicos, empleados o dependientes de empresas de servicio público, que abandonaren colectivamente su cargo, trabajo o servicio (Artículo 430). Nótese que en el presente caso, el Código Penal no se refiere como sujetos activos, únicamente a los funcionarios empleados públicos, tal como sugiere el nombre del capítulo que estudiamos, involucrando también a empleados o dependientes de empresa o servicio público. Hay naturalmente empresas de servicio público, tales como el servicio de autobuses, pero ésta es de carácter privado, por lo que en ese supuesto, se están equiparando a los

empleados o dependientes de tales empresas, a empleados públicos; por otra parte, hacemos notar, que no se ha contemplado la actuación de los funcionarios de tales empresas.

2.6.11.2 Elementos

- ❖ Materiales. El hecho se materializa cuando: los sujetos activos, abandonan colectivamente su cargo, trabajo o servicio.
- ❖ Intelectuales: la conciencia y voluntad de abandonar, en forma colectiva el cargo, trabajo o servicio.

2.6.12 Infracción de privilegio

2.6.12.1. Definición

Comete este delito, de acuerdo al Artículo 431 el funcionario o empleado público que tenga o procese a un funcionario que goce de antejuicio u otras prerrogativas, sin guardar las formalidades establecidas por la ley. Como se desprende de su tenor literal: *“El funcionario o empleado público que detenga o procese a un funcionario que goce de antejuicio u otra prerrogativas, sin guardar las formalidades establecidas por la ley, será sancionado con multa de cincuenta a quinientos quetzales.”*

2.6.12..2. Elementos

- ❖ Material. El hecho se materializa cuando funcionario o empleado público, detiene o procesa a otro funcionario que goce de antejuicio y otras prerrogativas. Sabido es que el antejuicio no significa de ninguna manera, defensa del funcionario sino de la función; por tal razón, la ley establece los pasos para que se efectúe su trámite. Si se detiene o procesa a un funcionario que goza de tal derecho, entonces se comete el delito.
- ❖ Interno. El querer detener o procesar a un funcionario que goza de antejuicio (Fonseca Penedo, 1980), conociendo esta circunstancia, y no guardar las formalidades legales.

Delito doloso; requiere el dolo específico señalado.

2.6.13. Nombramientos ilegales

2.6.13.1 Definición

El Artículo 432 del Código Penal preceptúa: “El funcionario o empleado público, que, a sabiendas, propusiere o nombrare para cargo o empleo público a persona en quien no concurren los requisitos que la ley exija, será sancionado con multa de cien a quinientos quetzales.” Debe entenderse que se comete este delito el funcionario o empleado público que, a sabiendas, propone o nombra para cargo o empleo público en quien no concurren los requisitos que la ley exige.

2.6.13.2. Elementos

- ❖ **Material.** La materialidad del hecho está integrada por: proponer o nombrar para un cargo público, a persona que no llene los requisitos exigidos por la ley. Ésta como se ve, es una ley penal en blanco. El sujeto activo, que es siempre un funcionario o empleado público realiza el acto descrito en la ley.
- ❖ **Interno.** Éste es un delito doloso, requiere dolo específico. La especificación de la ley, es que el sujeto activo tenga la conciencia, esto indica la frase: a sabiendas de que el propuesto o nombrado no reúne los requisitos legales.

2.6.14. Usurpación de atribuciones

2.6.14.1 Definición

La ley, en el Artículo 433 penal ⁴¹ indica “que comete este delito quien, siendo

⁴¹ “El funcionario o empleado público que, a sabiendas, se arrogare facultades que no correspondieren a su cargo, o se arrogare atribuciones que no le competan, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de doscientos a dos mil quetzales.”

funcionario o empleado público, a sabiendas, se arroga facultades que no le correspondan a su cargo o se arroga atribuciones que no le competen.”

2.6.14.2 Elementos

- ❖ Materiales. El hecho consiste realmente en que el funcionario o empleado público se arroga atribuciones que no le competen, sin estar, desde luego, autorizado para ello.
- ❖ Internos. Es un delito que requiere dolo específico, consiste en la conciencia de no poseer el activo las facultades legales para ejercitar las funciones que realiza.

2.6.15. Violación de sellos

2.6.15.1 Definición

Comete este delito el funcionario o empleado público que ordena abrir, abre o consiente que otro abra papeles o documentos cerrados cuya custodia le estuviere confiada (Artículo 434). Se diferencia del delito contenido en el Artículo 417, en que en este que mencionamos el sujeto activo es un particular, y en que la materialidad del hecho es diferente ya que como indicáramos, consiste en violar sellos, tal como el nombre lo indica, pero puestos en objetos diferentes a los que hace relación este otro (Artículo 434) que comentamos.

2.6.15.2. Elementos

a) Los elementos materiales del tipo penal consisten en:

- Abrir
- Ordenar abrir
- Consentir que otro abra.
- Papeles o documentos cerrados.
- Que los mismos le hayan sido confiados en custodia.

Nos parece ésta, una variedad de los delitos de violación de secretos ya vistos *supra*, únicamente con la variante del sujeto activo que ha de ser un funcionario o empleado público. Nos parece que sería el caso de un Secretario de Juzgado de primera instancia del orden civil que abre una plica conteniendo posiciones, antes del día de la audiencia.

- b) El elemento subjetivo de este delito se encuentra integrado por la conciencia de que el documento cuya custodia se le ha confiado, debe permanecer cerrado y la voluntad de abrirlos o consentir que los abran u ordenar que otro los abra.

2.6.16 Falsedad de despachos telegráficos

2.6.16.1. Definición y elementos

Varias son las alternativas para la comisión de delitos, señaladas en el Artículo 435 del Código Penal:

- a) El funcionario o empleado del servicio del telégrafo que supusiera o falsificare un despacho telegráfico.

En este caso los elementos son: elemento material: suponerse o falsificarse por un funcionario o empleado del servicio de telégrafos, un despacho telegráfico. El elemento interno está en la conciencia y voluntad del activo de suponer o falsificar el despacho telegráfico.

- b) Los funcionarios o empleados de los servicios de radiogramas o cablegramas, que supusieren o falsificaren despachos correspondientes o sus respectivos servicios.

El sujeto activo en este caso es funcionario o empleado de servicios de radiogramas o cablegramas; la materialidad del hecho se encuentra en suponer o falsificar tal tipo de despachos. Elemento interno es la conciencia y voluntad de falsificar o suponer los despachos.

- c) Quien hiciere uso del despacho falso, con intención de lucro o ánimo de causar perjuicio a otro. En este último caso la ley, no indica si el sujeto activo debe ser únicamente funcionario o empleado público, o bien un particular, por lo que nos inclinamos por pensar que la ley se refiere a cualquiera. Elemento material: está integrado por hacer uso

de un despacho de los mencionados y que este sea falso, es preciso entonces, el conocimiento de que lo es. Elemento interno: requiere este delito, dolo específico: la intención especial del sujeto, de obtener un provecho patrimonial, éste es, lucrar, o bien la de causar perjuicio a otro.

2.6.17. Allanamiento ilegal

2.6.17.1. Definición

Comete este delito el funcionario o empleado público que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que la misma determina: (Artículo 436); como se aprecia, estamos en presencia de una ley en blanco, pues las formalidades a que se refiere y los casos en que la ley determina el allanamiento legal se encuentra en otro precepto, el Artículo 187 del Código Procesal Penal.

2.6.17.2. Elementos

- ❖ Material. Consiste el hecho, materialmente, en que un funcionario o empleado público allana un domicilio, sin cumplir con las formalidades legales o fuera de los casos determinados en la ley.
- ❖ Elemento interno del hecho es la conciencia y voluntad de allanar el funcionario un domicilio, sin las formalidades prescritas por la ley.

2.6.18. Autorización ilegal de matrimonio.

2.6.18.1. Comentario sobre tipificación

En cuanto al nombre con que identifica este delito, nos parece que sea más adecuado el de “autorización ilegal de matrimonio”, no como el que aparece identificado entre paréntesis del tipo legal descrito en el Artículo 437: “responsabilidad del funcionario” ya que hace referencia mas bien, a la responsabilidad genérica de los funcionarios públicos, es una frase que atañe a todos los delitos de este capítulo y no a una característica especial que sirva para designarlo.

2.6.18.2 Elementos

a) Sujeto activo es el funcionario que realiza la acción descrita en el tipo: que autoriza un matrimonio a sabiendas de la existencia de un impedimento que causa su nulidad absoluta. La materialidad del hecho se configura cuando:

1°. El sujeto activo que ha de ser un funcionario o ministro de culto, debidamente autorizado para celebrar el matrimonio civil.

2°. Autoriza el matrimonio a sabiendas de la existencia de un impedimento que causa su nulidad absoluta.

b) Intencional. Esta figura admite las dos formas de intencionalidad:

1°. Cuando a sabiendas autoriza el matrimonio en este caso se da la forma dolosa.

2°. Pero la ley admite también la forma culposa, esto es, cuando por imprudencia o negligencia, autoriza el matrimonio de persona que tiene impedimento que causa la nulidad absoluta del matrimonio.

2.6.19. Celebración ilegal de matrimonio

2.6.19.1. Comentario

Valga para el tipo legal contenido en el Artículo 438 del Código Penal, el mismo comentario que hicimos en relación con el artículo que le precede, referente a señalar que el párrafo posterior entre paréntesis que indica: inobservancia de formalidades, no alcanza a identificar plenamente el delito, sino más bien uno de los aspectos del delito, por lo cual preferimos denominarlo con una frase más comprensiva del evento.

2.6.19.2. Definición

Refiere el artículo indicado, que comete este delito el funcionario o ministro de culto debidamente autorizado que procediere a la celebración de un matrimonio sin haber observado las formalidades exigidas por la ley.

2.6.19.3. Elementos

- ❖ Materiales. El delito lo comete únicamente un funcionario autorizado para celebrar matrimonios, (como el notario o bien un ministro de culto) cuando proceden a la celebración de un matrimonio sin haber observado las formalidades exigidas por la ley, los sujetos activos del delito sólo pueden ser entonces; los alcaldes municipales, los concejales, los notarios y los ministros de culto que estén autorizados.

- ❖ Elemento interno. Es la conciencia del sujeto activo, de que no se han llenado los requisitos legales para el matrimonio (cfr. capítulo I, título II del Código Civil).

Además de todos estos delitos expuestos, que se refieren a los ilícitos que atentan contra la Administración pública Guatemala contempla, aunque en forma por demás benigna otros como el cohecho, el peculado, la malversación, etc, que por estar más directamente vinculados a la corrupción se desarrollaran en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO III

3. Delito de soborno internacional

3.1 Conceptualización del delito de soborno internacional

La evolución del derecho penal se caracteriza por su constante subjetivización, entendida esta, como el abandono de la idea de responsabilidad colectiva y objetiva en favor de una concepción individual, personal de la responsabilidad penal.

El desarrollo de las ideas individualistas durante el Siglo de las Luces y su consagración política mediante el triunfo de la Revolución Francesa fueron determinantes para que, tanto en la doctrina como en la legislación, se impusiera la idea de la responsabilidad individual, consagrado en el Principio de la Personalidad de la Pena configurado desde el tiempo del Marques de Beccaria y plasmado en las obras posteriores de maestros como Francisco Carrara. En derecho penal, significó el reconocimiento de la persona natural como la sola capaz de dirigir y controlar su comportamiento y, por tanto, de ser declarada culpable. Siendo la culpabilidad la base indispensable de la pena, único medio de reacción penal admitido entonces, ésta sólo podía ser impuesta a la persona natural. De esta manera, se excluyó a las agrupaciones de individuos, constituidas formalmente, del ámbito del derecho penal. Este hecho fue percibido como un avance frente a los criterios que habían sido con frecuencia admitidos anteriormente. La responsabilidad fue considerada como más respetuosa de la naturaleza de la persona humana.

Simultáneamente a este proceso, no es de olvidar que se fueron desarrollando otras formas de responsabilidad. En especial, la de índole civil, la que a diferencia de la responsabilidad penal se orienta a la reparación del perjuicio sufrido por las víctimas de actos ilícitos y no a la retribución del autor culpable. En este marco doctrinario y legislativo, se conciben las personas jurídicas. Para poder imputarles responsabilidad por actos ilícitos y obligarlas a indemnizar a las personas afectadas, se les considera como poseedoras de una cierta voluntad y titulares de un patrimonio. Un hito importante en este proceso estuvo constituido por el reconocimiento, a fines

del siglo XIX, que el Estado, además de un poder público, es una persona jurídica de derecho público.

Fuera del derecho penal, se ha ido así gestando y consolidando una responsabilidad colectiva. Hecho que implica, de un lado, despersonalizar la responsabilidad (el ente colectivo en lugar de la persona individual). De otro lado, socializar la responsabilidad (en la medida en que se adopta el criterio de solidaridad con respecto a la necesidad de reparar los perjuicios).

Esta tendencia se presenta, igualmente, en el ámbito penal; por ejemplo, se replantea la reacción punitiva teniendo en cuenta, de manera más efectiva y concreta, los derechos de las víctimas de la delincuencia. Del mismo modo, al renovarse los criterios fundamentales de la reacción penal mediante el reconocimiento, junto a la responsabilidad del autor individual, de la responsabilidad del Estado o de la sociedad en la comisión del delito. E igualmente, al plantearse la posibilidad y la conveniencia de admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La referencia inicial a la subjetivización del derecho penal será mal comprendida si no se tiene en cuenta que sólo se refiere a la evolución de las ideas y de la legislación penal de ciertos países. Se trata de todos aquellos cuyos ordenamientos jurídicos forman parte del denominado sistema europeo continental. En relación con el tema que nos ocupa, de aquellos en los que el sistema penal está fuertemente influenciado por la dogmática alemana.

Existen otros mundos culturales, otros sistemas jurídicos o dogmáticos, otras maneras de concebir la persona y la responsabilidad. En el sistema anglosajón del *Common Law*, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es ampliamente reconocida desde el siglo XIX. Al respecto y considerando, como verdad absoluta, que la individualización de la responsabilidad constituyó un progreso debido a un refinamiento de la civilización, sería inexacto afirmar que la responsabilidad de las personas jurídicas constituye un atavismo que sobrevive en el sistema anglosajón.

Tampoco se puede adoptar dicha perspectiva para apreciar la regulación legislativa de la responsabilidad penal de las agrupaciones en diversos países europeos: por ejemplo, Holanda, Suecia, Noruega, Portugal y, últimamente, Francia. De acuerdo con sus peculiaridades nacionales, se han recepcionado, como ha sucedido también con otras instituciones penales, las concepciones anglosajonas.

Este hecho no puede explicarse afirmando que se debe, de una parte, a que no existe dogmática penal en dichos países o que no está suficientemente desarrollada y, de otra parte, al avance de criterios puramente pragmáticos en perjuicio del respeto de los principios dogmáticos. Afirmaciones de esta naturaleza parten de la idea errónea que existe sólo una dogmática verdadera y técnicamente correcta. Lo cierto es que "dogmática" se hace por todas partes, en la medida en que se explican y sistematizan conceptos, nociones y principios con la finalidad de que las leyes sean aplicadas de manera igualitaria, racional y coherente. Además, implican olvidar que la responsabilidad penal, como las demás categorías dogmáticas, constituye una cuestión convencional y normativa. Lo decisivo es saber cuáles son los criterios de imputación que deben ser admitidos para hacer responsables penalmente a las personas jurídicas. Condiciones de punición que, en razón a la especificidad de dichas personas, no pueden ser las mismas que las previstas en relación con la responsabilidad de las personas individuales.

Como dice el maestro José Hurtado del Pozo⁴² *“La discusión entre partidarios y opositores al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, impulsada en un momento por quienes propugnaban el positivismo criminológico, estuvo fuertemente condicionada por los cambios sociales y técnicos desencadenados por el avance de las ciencias exactas. Se consideró al progreso técnico como fuente de riesgos para las personas y su medio ambiente. Franz von Liszt propuso la noción de "crimen colectivo", considerando que una colectividad es capaz de actuar y que reprimirla es posible y provechoso socialmente. Criterios que estaban de acuerdo con las ideas predominantes en los países anglosajones.”*

⁴² Editorial Idele *“Revista de la defensa pública pena”*. No.142 Perú. 2001 Pág. 22

La discusión se ha intensificado nuevamente en razón no tanto del desarrollo de los esquemas dogmáticos, sino más bien debido a los profundos cambios sociales y económicos que caracterizan a las sociedades modernas. La peculiaridad de la situación actual está determinada, en general, por el desarrollo a nivel mundial de las relaciones económicas y de los canales de comunicación e intercambio tanto personal como comercial. Para ser eficaces y competitivas, las diversas entidades colectivas se han organizado de modo altamente complejo. Esto ha comportado una estructuración bastante centralizada, pero al mismo tiempo suficientemente flexible y opaca respecto a la toma de decisiones. La consecuencia es que, a pesar de la unidad de dirección, los centros de decisión y de responsabilidad se diversifican. Circunstancia que hace cada vez más difícil la tarea de identificar a alguno o algunos de sus miembros como responsables individuales de los comportamientos delictuosos cometidos en el contexto de las actividades empresariales. Comportamientos que tienen efectos, frecuentemente, favorables a la entidad colectiva.

Los países subdesarrollados, no son ajenos a este fenómeno. Estando integrados al sistema económico y político mundial, están enfrentados, en condiciones desfavorables, tanto a las actividades de las empresas nacionales como de las multinacionales. Lo que hace particularmente difícil combatir las actividades delictuosas cometidas sobre todo en el dominio económico y fiscal. Un aspecto interesante a destacar es la influencia que ejercen las empresas extranjeras, directamente o por intermedio de sus Estados, para que se protejan sus intereses. Un ejemplo, es el caso de las grandes empresas mineras con respecto a la protección del medio ambiente. Si se observa la manera como han surgido y se han desarrollado las principales formas de la criminalidad moderna (el lavado de dinero, el crimen organizado, las infracciones económicas, el tráfico de drogas, el crimen informático), resulta relativamente fácil constatar la importancia que las entidades colectivas (financieras, comerciales, industriales, políticas), por su especial organización, su peso social y, en particular, político, han tenido y tienen tanto como instrumentos o marco de dicha delincuencia.

Sin duda la nueva criminalidad que está confrontando a los países y al sistema penal en su totalidad es la criminalidad organizada, empresarial, transnacional, que utiliza instrumentos

sofisticados como los medios de comunicación modernos y las redes comerciales internacionales. El sistema de producción de libre mercado que se ha impuesto en el mundo desde la caída del muro de Berlín, nos ha llevado a la globalización de las relaciones económicas y con ella, a que la criminalidad relacionada con el lucro ilícito pueda moverse a sus anchas por los territorios nacionales aprovechando las redes del comercio internacional.

Debe entenderse bien que aunque se trata de formas distintas de criminalidad, hay dos aspectos fundamentales que asimilan a la criminalidad de empresa y a la criminalidad organizada: son la organización y los fines de lucro. "Criminalidad organizada significa la criminalidad de varios miembros de la sociedad, que más que para un hecho concreto, se asocian generalmente por tiempo indeterminado y organizan su actividad criminal como si fuera un proyecto empresarial."⁴³ Por su parte García Rivas⁴⁴ manifiesta que "La criminalidad que produce beneficios es la criminalidad organizada "Industrial". destaca el carácter de "empresa" de las organizaciones criminales: "La criminalidad no se organiza sólo para crear una red de venta de droga, sino que procura obtener un alto rendimiento económico". Digamos que el fin último de prácticamente todas las organizaciones criminales es el lucro económico. Se diría que salvo las organizaciones secretas y las terroristas, pero incluso en estos casos habría que matizar que muchas de ellas precisamente buscan ganancias económicas para satisfacer esos fines ilícitos.

Cuando hablamos de criminalidad de empresa podemos decir que se habla de: "aquellos delitos que se cometen por medio de una empresa, o, mejor dicho, aquellos delitos que se perpetran a través de una actuación que se desarrolla en interés de una empresa".⁴⁵ Este autor⁴⁶ recuerda la importante matización que debe hacerse entre "criminalidad de empresa" (Unternehmenskriminalität) y "criminalidad en la empresa" (Betriebskriminalität), pues la primera presenta problemas específicos de imputación mientras que la segunda, puede ser fácilmente reconducida a la teoría del delito clásica.

⁴³ Bottke, "Mercado criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania", en revista penal, 1998, Pág. 2

⁴⁴ "Criminalidad organizada y tráfico de drogas", en revista penal, 1998, Pág. 23

⁴⁵ Martínez-Buján, "Derecho penal económico". parte general, Tirant lo blanch, 1998, Pág. 68.

⁴⁶ Ob.Cit., Págs. 67 y 68

El tráfico de armas, el tráfico de menores, el tráfico de mujeres, el tráfico de drogas, el tráfico de órganos humanos, el tráfico de mano de obra, el blanqueo de dinero, son todas formas de criminalidad que tienen por característica común, utilizar (o mejor sería decir, explotar) los tejidos del comercio internacional para lograr ganancias ilícitas, las cuales se acrecientan en la medida que tienen que corromper las relaciones legales y tienen que utilizar las relaciones ilegales. Existe pues una correspondencia entre aumento de las ganancias (ilícitas) con la corrupción de las relaciones económicas lícitas y utilización de las ilícitas.

Este mismo fenómeno que se observa en las relaciones económicas internacionales, también es palpable a nivel del interior de las relaciones económicas de los propios Estados y concretamente, en la empresa, principal agente económico de la sociedad moderna. En algunos países, como Italia, se ha demostrado que la criminalidad organizada cada vez más se está infiltrando en empresas legales con prestigio en el mercado, para reciclar sus beneficios económicos, al ser este "ciclo productivo" fundamental para su desarrollo económico (3). Incluso se habla de una "mafia empresarial" o "empresa mafiosa" para denominar a este fenómeno de inmersión del capital ilícitamente obtenido en el capital "sano" de empresas consolidadas. Por su parte, el fenómeno de utilización por parte de asociaciones ilícitas de empresas en apariencia lícitas para obtener provecho económico que luego les sirva para financiar la comisión de delitos, es conocido, por ejemplo en España, pues la organización terrorista ETA tenía –y quizás aún tiene- empresas con ese fin, en igual forma se ha señalado empresas y personas económicamente poderosas en medio oriente, Irak, Egipto, para la financiación del grupo terrorista Al Qaeda. Esto quiere decir, que la criminalidad organizada no sólo actúa en la economía sumergida como suele creerse, sino también en la economía legal y sólidamente implantada, aprovechando cualquier resquicio del aparato jurídico para actuar. En los últimos tiempos es cada vez más evidente que la criminalidad organizada necesita de empresas para los diferentes ciclos del delito: comisión de delitos (societarios, de iniciados, etc.), encubrimiento de delitos (lavado de dinero) y financiación de la comisión del delito (empresas para financiar el terrorismo).

Existe pues, una intercomunicación entre organizaciones criminales y sociedades mercantiles, toda vez que poseen características similares, esto es, organización funcional,

jerarquías, división del trabajo, profesionalización de sus miembros. No en vano las organizaciones criminales parecen adoptar como punto de referencia los modelos y estructuras del mundo de la industria y los negocios: la racionalización de los medios personales y materiales, la vocación de permanencia para la obtención de un fin de naturaleza predominantemente económica, la expansión de la actividad en otras áreas geográficas, la interrelación con otras organizaciones, la tendencia a reinvertir una parte de los beneficios, etc.⁴⁷ Todo ello ha llevado a hablar desde el plano criminológico de la existencia de una verdadera "industria del crimen". Digamos que las organizaciones criminales cumplen las mismas funciones que las sociedades comerciales, sólo que en el mundo ilícito.

Las agrupaciones de empresas (Holdings)⁴⁸ y los grupos económicos también son entes del mercado cuyas formas jurídicas pueden prestarse para la corrupción y la intervención de las redes ilícitas, porque en ellos se diluye la responsabilidad individual, las conductas de personas concretas individuales, pasando a ser entes, grupos organizados del mundo empresarial, una unidad económica que actúa de acuerdo a políticas económicas de grupo, pero manteniendo las sociedades integrantes su independencia jurídica. No olvidemos que la sociedad anónima nació y se desarrolló al amparo de la irresponsabilidad de sus titulares, las personas individuales, quienes no responden con su patrimonio por las actividades del sujeto jurídico⁴⁹; mientras que las agrupaciones de sociedades, corporaciones o conglomerados de empresas, de gran expansión en el mercado moderno actual, se están desarrollando en los últimos tiempos precisamente porque

⁴⁷ E. Fabián Caparrós, "*Criminalidad organizada*", en Gutiérrez Francés / Sánchez López, *El nuevo CP: primeros problemas de aplicación*, Univ. de Salamanca, 1997, Pág. 176. En otro lugar, el mismo autor sostiene, en Pág. 172: "En realidad, la organización criminal es una sociedad de profesionales del delito en la que se manifiesta un sistema de relaciones definidas a partir de una serie de deberes y privilegios recíprocos, e inspirados en los principios de jerarquía y obediencia".

⁴⁸ Que constituyen la manifestación más directa del intenso proceso de centralización del capital, articulado a través de diversas operaciones de compra y venta de empresas, fusiones y absorciones, de la que nos dan buena cuenta cotidianamente los medios de prensa. Citando a J. Aragón Medina, "*Los grupos de empresas como unidad económica dominante*", en Baylos / Collado (eds.), *grupos de empresas y derecho del trabajo*, Madrid, Ed. Trotta, 1994, pág. 23.

⁴⁹ Bastante crítico, F. De Castro, *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1991, 2ª ed., Págs. 34 y 35: "¿Cómo se justifica que quienes no se exponen a ningún riesgo especial, ni buscan el general beneficio, quienes sólo persiguen enriquecerse a costa ajena, reciban gratuitamente la ventaja de que su patrimonio quede exento de responsabilidad? Y si no es la pluralidad de los accionistas quien dirige la Sociedad, ¿cómo se explica que se otorgue una patente de irresponsabilidad –por actos propios- a quien verdaderamente es el dueño de la sociedad?"

dichas figuras económicas son idóneas para optimizar los recursos, reducir costos y repartir riesgos y responsabilidades⁵⁰. Mientras más se hacen complejas las sociedades, la estructura de la organización se diversifica más y se produce mayor división de trabajo, por lo que el producto final compromete a más intervinientes.

En el ámbito de la responsabilidad penal, se producen problemas importantes para la determinación de la responsabilidad individual cuando el delito es cometido en el contexto de una empresa, por las siguientes características del comportamiento: delegación de funciones, división del trabajo, complejización de los nexos causales, pluralidad de sujetos intervinientes, todo esto produce, en definitiva, una disociación entre quienes actúan y quienes responden penalmente, pudiendo recaer el peso de la responsabilidad en la jerarquía de la organización (responsabilidad del titular de la empresa) o en la base de la misma (responsabilidad de los representantes)⁵¹

Las dificultades del sistema penal para imputar responsabilidad en los delitos económicos es un tema crucial de nuestra disciplina que está siendo denunciado ya por muchos autores como Muñoz Conde, Hassemer, Silva y Paliero, entre otros. Este es precisamente uno de los síntomas de la tan manida "crisis del derecho penal": la imposibilidad de determinar la responsabilidad en sistemas complejos, donde las víctimas son indeterminadas, existe una pluralidad de nexos causales y existen una pluralidad de conductas, algunas dolosas otras culposa, unas activas y otras omisivas. Además, la psicología de grupos enseña que los comportamientos humanos de los sujetos cambian cuando están al interior de un grupo. Sujetos que no se atreverían a realizar

⁵⁰ Citando a J. Terradillos Basoco, "Delitos societarios y grupos de empresas", en Baylos / Collado (eds.), *"grupos de empresas y derecho del trabajo"*, Ob. Cit., Pág. 74. Esta "re-estructuración" de las responsabilidades se observa claramente con las fusiones y absorciones en lo referente a los derechos laborales de los trabajadores. Los tribunales han tenido que acudir a la noción de "grupo de empresas" como unidad económica para derivar la responsabilidad a efectos laborales. Los criterios clásicos de imputación jurídica se diluyen al no coincidir con el concepto de persona jurídica.

⁵¹ Vid. más ampliamente, explicando todos estos modelos, L Zúñiga Rodríguez, "Criminalidad organizada, criminalidad de empresa y modelos de imputación penal", en prensa. Sobre estos temas también Vid. J. M. Silva Sánchez, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas", en Bacigalupo (Dir.), *empresa y delito en el nuevo CP*, Madrid, consejo general del poder judicial, 1997.º

determinadas conductas en solitario, sí las realizan cuando están al interior del grupo, al sentirse amparados por la cobertura que le da su pertenencia al mismo. La "colectivización" de la vida moderna, plantea este reto ¿cómo determinar la responsabilidad penal en los grupos organizados?, llámese fundaciones, sindicatos, partidos políticos, empresas, etc. No pretendo aquí y ahora agotar toda esta problemática, sino simplemente replantear su discusión al hilo de la utilización de estas agrupaciones por la criminalidad organizada y el especial interés que existe en combatirla por parte de la Comunidad Internacional.

En suma, desregulación de los mercados financieros, libertad de movimiento de capitales, redes internacionales de comercio, proceso de concentración de capitales, alzamiento de fronteras dentro de los espacios comunes, son todos elementos consustanciales de la economía mundial moderna que pueden ser caldo de cultivo del tráfico ilícito en general y de la criminalidad organizada en particular, ya que para ella su fin principal es la obtención de ganancias utilizando toda laguna jurídica. Con este panorama, como dice Arroyo Zapatero, los penalistas estamos obligados a proponer una política criminal, esto es, construir una estrategia y elegir una táctica para luchar contra esta criminalidad organizada transnacional, que tantos costes económicos y sociales está teniendo para los países miembros⁵². Atajarla, en uno de sus núcleos más importantes, cuál es su actuación por medio de empresas, aprovechando el déficit de sancionabilidad en este aspecto, es el propósito de este trabajo.

3.2 La política criminal de la Unión Europea para hacer frente a la criminalidad de empresa y a la criminalidad organizada (derecho comparado).

Para un trabajo como este que incursiona en un campo poco o nada explorado a nivel nacional como es el de la regulación de actividades criminales tanto de la criminalidad común como de la actividad de empresas transnacionales es necesario y adecuado realizar un estudio de derecho comparado con los países con mayor desarrollo en materia de globalización como lo son

⁵² Es importante señalar como apunta Tiedemann que la corrupción, el tráfico económico ilícito, causan profundas disfunciones en un mercado libre que se fundamenta en la confianza y en la buena fé en los negocios

los que integran la Unión europea como una comunidad plenamente integrada. Por lo que adelante nos referiremos a la misma.

Respecto a la política criminal de la Unión Europea de lucha contra la criminalidad de empresa hay que distinguir la referente a las propuestas hechas para los Estados miembros, de aquella política jurídica ya existente dentro de la propia Unión Europea de sancionar a empresas.

La Unión Europea, siguiendo su complejo proceso de armonización de las normas penales ha dictado una serie de directivas y recomendaciones con el objeto unificar criterios con el objeto de hacer frente a la criminalidad económica y empresarial. Dado que la Unión Europea se constituyó fundamentalmente como un mercado común, el respeto a la libre competencia y, por consiguiente, la necesidad de garantizar la igualdad de condiciones de los agentes económicos (productores, distribuidores, proveedores, consumidores, etc. ha dado lugar a que el Comité de Ministros sea especialmente sensible con los temas de delincuencia económica.

A través de una serie de recomendaciones (destacan la Rec (81) y Rec (88)18) ha instado a los países miembros a prever sanciones punitivas también en el ámbito de la empresa y de la criminalidad económica, teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción, la gravedad de la responsabilidad y de la consecuencia para todos los miembros del colectivo, unido a la necesidad de prevenir nuevos delitos. La posibilidad de que las empresas se puedan sustraer de una sanción penal o administrativa, es un cálculo con el que suelen jugar los empresarios, de acuerdo al margen de sancionabilidad de las infracciones del mercado interior. Un sistema sancionatorio incongruente dentro del espacio europeo puede propiciar dificultades para los operadores jurídicos y, por tanto, diferencias profundas en la igualdad de condiciones que requiere el mercado para el desarrollo de la libre competencia. Además, puede favorecer mensajes contradictorios a los ciudadanos, con claro desmedro de los fines de prevención general de estos delitos.

Respecto a la política criminal de la Unión Europea en materia de criminalidad organizada, como ya se ha puesto de manifiesto, se trata de uno de los temas centrales del ámbito punitivo, conjuntamente con el terrorismo y el tráfico de drogas, sobre todo a partir de Amsterdam. Para ello se ha encargado a un grupo de expertos un Plan de Acción para luchar eficazmente contra la delincuencia organizada. Para ello será preciso, por lo menos: Primero, que la Europol tuviera poderes operativos y personal cualificado para investigar y perseguir eficazmente a dicha criminalidad. Y, segundo, la armonización y aproximación de las legislaciones de los países miembros, para no incurrir en vacíos legales e incoherencias.

En este último aspecto debe destacarse el Corpus Juris, que si bien es solamente un Informe de Expertos sin ninguna validez normativa, establece un conjunto de reglas mínimas penales y procesales para luchar contra el fraude comunitario. No es, claro está, un proyecto de CP Comunitario, pero sí creo que tiene un valor innegable, al presentar un mínimo común denominador de principios generales, cimentados en las Convenciones Europeas de derechos humanos. En realidad, dan buena cuenta de, por los menos, los temas penales mínimos a los que debe buscarse acuerdo, para lograr una represión común. En este cuerpo legal, en el art. 14 se acoge expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con una regla muy similar de vinculación con la persona actuante, como la que existe en la jurisprudencia del TJCE.

En relación al sistema de sanciones ya existente en la Unión Europea, esto es, al aparato sancionatorio comunitario hay que señalar lo siguiente.

A parte de las sanciones indirectas, esto es a la potestad que tiene la Unión Europea de obligar a los Estados miembros a la tutela de los intereses comunitarios, existe un sistema de sanciones directas.

En materia económica, y en especial en el ámbito agrícola, de la pesca y en materia de libre competencia, la Unión Europea tiene potestad legislativa directa sobre los Estados, pudiendo definir infracciones y también sanciones. Las sanciones comunitarias que crea, impone y aplica la propia Comunidad, de manera directa, son las vinculadas a la libre competencia. Según los arts. 85, 86 y 87 del Tratado de Roma (actuales Arts. 81, 82 y 83 del TA), el consejo de ministros

podrá adoptar las directivas y reglamentos necesarios para regular la libertad de competencia al interior de los países miembros, pudiendo garantizarlo mediante multas y multas coercitivas (Arts. 47.3, 58.4, 65.5 y 66.6 TCECA y art. 83.2. TA).⁵³ Esta potestad sancionadora directa de la Comunidad se explica por la importancia que tiene el respeto de las reglas del mercado para la consolidación de un mercado único y en especial los dos campos estratégicos de agricultura y pesca.

Es muy interesante observar varias características de este tipo de sanciones:

- ❖ Son aplicadas directamente por las Instituciones Europeas: la comisión investiga los casos de supuesta infracción a la competencia y propone las medidas para poner término a esa situación. En caso que no se ponga fin a dichas infracciones, la comisión dicta una decisión motivada por la que se declara procedente o desestima una denuncia sobre abuso de posición dominante en el mercado, concierto de precios entre asociaciones de empresas y demás infracciones a la competencia (Art. 85 TCE). Las empresas afectadas pueden demandar la decisión de la comisión ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
- ❖ Se aplica fundamentalmente a empresas. Incluso se habla de que las empresas son autores en las infracciones comunitarias. En efecto, las reglas de la competencia se refieren exclusivamente a las empresas como sujetos de regulación del mercado y, por tanto, sujetos a los que se demanda un comportamiento determinado de no vulnerar las reglas del mercado libre. Entonces, las empresas son sujetos activos en estas infracciones, y también son sujetos pasivos, ya que el bien jurídico que se protege está referido también a las empresas, en la medida que inmediatamente

⁵³ Además el Reglamento No. 17/62 (Arts. 15 y 16) que desarrolla la aplicación de los Arts. 85 y 86 TR, el Regl. N° 1017/68 relativo a la aplicación de reglas de concurrencia en el sector ferroviario, carreteras y marítimo (Art. 22 y 23), el Regl. N° 4046/86 sobre las modalidades de aplicación de los Arts. 85 y 86 TR al transporte marítimo (Arts. 19 y 20), el Regl. N° 3975/87 de aplicación de reglas de concurrencia a las empresas de transporte aéreo (Arts. 12 y 13), el Regl. N° 4064/89 relativo al control de operaciones de concentración de empresas (Arts. 14 y 16).

son las principales beneficiarias de dichas reglas y mediatamente al mercado en general.

- ❖ Utiliza un criterio funcional de empresas, que es económico, lo cual permite resolver el problema de la responsabilidad en grupos de empresas y en caso de transferencia de empresas. El concepto que se maneja es el de "unidad económica", definiéndola como un solo sujeto jurídico determinado por factores personales, materiales e inmateriales, cuya actividad persigue un fin económico. De esta manera se puede imputar los comportamientos ilícitos de la filial a la empresa matriz, en la medida que ésta dirige la unidad económica. Este concepto de unidad económica, también ha servido para resolver los casos de sucesiones y de fusiones empresas, pues se podría dar el caso que una vez realizada la infracción la empresa cambie de razón social o se fusione con otra. Para la sanción se localiza la unidad económica.
- ❖ Se han desarrollados criterios subjetivos de imputación especialmente conceptuados para empresas⁵⁴; En la medida que son empresas los sujetos de la norma de conducta y la norma de sanción, la imputación subjetiva del comportamiento es a la propia empresa, no a las personas físicas que actúan en su nombre.

Pero, sí cabe señalar que uno de los aspectos más importantes de la construcción jurídica del TJCE es el de haber separado la responsabilidad de la empresa del de las personas físicas que actúan. De la siguiente manera:

1º) Una responsabilidad propia de la empresa, separada de la persona física que actúa. Esto permite independizar la responsabilidad de la empresa de aquella de la persona física totalmente, con lo cual, las circunstancias de exención de la responsabilidad de la persona física, no afectan a

⁵⁴ Más ampliamente en mi Segundo Ejercicio. Cfr. Nieto Martín, "*Ordenamiento comunitario y derecho penal económico español. Relaciones en el presente y en el futuro*", ob. cit., pág. 612. Cfr. . Cfr. Eidam, *Straftäter Unternehmen*, München, Beck, 1997, pág. 55.

la responsabilidad de la persona jurídica. Y, otro efecto importante, es que la sanción se impone de acuerdo al monto económico de la producción de la empresa, como unidad económica (proporcionalidad en relación a la empresa, no a las personas físicas que actúan). Así: "al determinar la cuantía de las multas, se puede tener en cuenta, entre otros factores, la influencia que la empresa haya podido tener en el mercado, principalmente, en razón de su dimensión y de su potencia económica, de las cuales da indicios el volumen de negocios de la empresa". Tratándose de una asociación de empresas, "la influencia que haya podido ejercer en el mercado, no depende de su propio volumen de negocios, que no revela ni su dimensión, ni su potencia económica, sino, en realidad del volumen de negocios de sus miembros, que constituye un dato sobre su dimensión y potencia económica".

2º) Criterios de dolo e imprudencia a nivel de empresa y no de la persona física. Para las autoridades de la Unión Europea la culpabilidad está construida normativamente, como un "defecto de organización" (similar a la construcción del prof. Tiedemann) y puede presentarse en forma dolosa o culposa. Para afirmar el dolo, "no es necesario que la empresa tuviera conciencia de infringir la prohibición contenida en dichas normas, es suficiente que no pudiera ignorar que el objeto o el efecto de la conducta que se le imputa era restringir la competencia en el mercado"⁵⁵. Es decir, no es necesaria la conciencia del ilícito, sino simplemente el conocimiento potencial (debido) de que esa conducta restringe la competencia en el mercado. Las conductas imprudentes quedan para una infracción leve del conocimiento potencial.

- ❖ La jurisprudencia del TJCE ha desarrollado una serie de criterios para resolver el tema de qué personas actúan de manera vinculante para la empresa.⁵⁶ El criterio que se ha impuesto en la jurisprudencia comunitaria es funcional-económico, no formal: toda persona que actúe por cuenta de la empresa y que tenga capacidad para comprometerla jurídicamente. Este es el criterio también que se ha recogido

⁵⁵ Eidam, *Straftäter Unternehmen*, München, Beck, 1997, Pág. 56.

⁵⁶ Sería la competencia del órgano que la aplica la que define el carácter administrativo. La Corte ha dicho de modo expreso que las "exclusiones" de derechos no son sanciones penales, sino que se trataría de "una simple restitución de una prestación indebidamente otorgada". Cfr. Castellana, "Diritto penale dell'Unione Europea e principio `societas delinquere non potest'", ob. cit., pág. 768.

en el Corpus Juris, Art. 14.1: "cuando el delito se realice por el órgano, representante o cualquier persona que actúe en nombre de la entidad o que tenga poder de decisión, de hecho o de derecho". La comisión y el TJCE han sido pragmáticos, estableciendo que vincula a la empresa la actuación de personas físicas que actúen en representación de la empresa, independientemente de su situación o de su jerarquía.

Como puede observarse, las instituciones europeas ya han diseñado una serie de principios generales en el sistema sancionatorio comunitario referido a empresas.

La naturaleza jurídica de las sanciones que impone la comunidad de manera directa es un tema nada pacífico. Para la mayoría de autores y para la propia comisión, se trata de "sanciones administrativas"; pero, el carácter aflictivo (verdadera afección o limitación patrimonial o restrictiva de derechos patrimoniales) y preventivo (tiene un fin preventivo general, buscar que no se vuelva a cometer la infracción), permite clasificarlas como sanciones punitivas⁵⁷ o penales en sentido amplio⁵⁸. Este es el modelo seguido por OwiG (ley de contravenciones e infracciones administrativas) alemana. Se trata de sanciones administrativas de carácter represivo, adscribibles al modelo punitivo sancionador o del derecho penal administrativo, seguido además en Italia y Portugal. Pero las dificultades se presentan para entenderlo desde la óptica de los países en que no existe este tipo de ordenamiento punitivo-administrativo.

En realidad, esta clasificación parece una solución de compromiso de sanciones que no pueden ser "penales" por la deficiencia democrática del órgano que las define (la comisión), pero que materialmente lo son, pues tienen todas las características de una pena. Con esto se salvaría dos escollos: se sancionaría con sanciones aflictivas y con fines preventivo generales y, se podría

⁵⁷ En todo caso, como se ha desarrollado ya, se va tendiendo a un derecho Sancionador general, en el que se aplicarían los mismos principios generales del derecho penal, salvo algunas matizaciones.

⁵⁸ Flora, "L'attualità del principio *societas delinquere non potest*", en RTDPE, pág. 15, para quien Para Légros, "Droit et vie des affaires", RDPC 1968/69, pág. 815, estas sanciones no serían penales solamente por una *fictio iuris*, justificada por la necesidad de no vulnerar el principio de territorialidad del derecho Penal

sancionar a las empresas sin plantearse ningún inconveniente con el principio *societas delinquere non potest*. "No es arriesgado afirmar que en el ámbito comunitario, la persona jurídica está sujeta a sanciones de naturaleza formalmente administrativa, pero sustancialmente idéntica a las de naturaleza penal".

El tema de la naturaleza jurídica de la sanción es importante para establecer las garantías aplicables para la determinación de la responsabilidad y a los efectos de determinar dichos criterios de atribución. En todo caso, en este momento son válidas las garantías materiales y procesales del derecho penal en el derecho de cárteles comunitarios

3.2.1. Influencia de la política criminal de la Unión Europea en materia de criminalidad de empresa y criminalidad organizada en los ordenamientos de los Estados miembros.

De todo este proceso de influjo europeo en el derecho penal de los Estados miembros hay un hecho al que poca atención se le ha dado: la Comunidad Europea desde hace varios años está sancionando a entes colectivos, en especial a empresas. ¿Qué repercusiones tiene esto para los Estados miembros?

Como se sabe, tradicionalmente ha habido grandes diferencias en este tema entre los países del Common Law que admiten desde el siglo pasado la responsabilidad penal de las corporaciones y los países de tradición romano-germánica en los que rige el principio *societas delinquere non potest*. Pero en los últimos tiempos ambos sistemas se han ido acercando en lo referente a la responsabilidad penal de las agrupaciones jurídicas, pues mientras los países anglosajones que admitían la responsabilidad penal prácticamente de manera objetiva, empiezan a diseñar sistemas subjetivos de imputación, en los países del Civil Law se observa la tendencia por acoger en el CP (Francia), en leyes especiales (Italia y Portugal) o en el ordenamiento sancionador punitivo (Alemania), reglas de atribución de infracciones y sanciones a la propia persona jurídica.

El legislador español no ha sido totalmente renuente a esta tendencia, pues ha incorporado las consecuencias accesorias del Artículo 129 Código Penal español. El problema político criminal que plantean es que precisan primero de la imposición de una pena a un sujeto responsable y justamente determinar esto es el escollo principal si efectivamente se quiere no hacer responder a un tercero por el hecho. Y, otra discusión que plantean es que, al no estar definida su naturaleza jurídica, pues en principio ni son penas, ni son medidas, no quedan claros los criterios de atribución. ¿Cómo determinar la proporcionalidad de la consecuencia? ¿Qué sucede si el autor está amparado por una causa de justificación o una causa de inculpabilidad? Son todas interrogantes que el legislador nos ha dejado sin respuesta, el cual, incluso en algún artículo la ha llamado "medida" y hasta "pena". Todo ello muestra que se trató de una solución de compromiso para no abordar a fondo el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas y, más bien, dar una respuesta "práctica" al asunto.

Visto el asunto desde el punto de vista europeo, este es justamente uno de los temas que plantea mayores dificultades para lograr una armonización legislativa, pues países como Italia, alegan problemas de constitucionalidad para la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, en España es aún dominante también la doctrina que se manifiesta en contra de su admisión, aunque también ya se empiezan a lanzar voces a su favor.

En todo caso la cuestión fundamental es: si exigimos las mismas garantías y los mismo principios de atribución al sancionar a las empresas que a las personas individuales o nos contentamos con rebajar garantías admitiendo la responsabilidad objetiva para ellas. Esto es, planteamos un derecho sancionador a dos velocidades como plantea el Prof. Silva en su último libro, donde existirían dos modelos punitivos, el tradicional con todas las garantías y otro con ciertas limitaciones a los principios adaptados a las nuevas configuraciones de delitos, según este Profesor, distinguibles de acuerdo a que estén sancionados con pena privativa de libertad o no. Considero que el sistema sancionatorio de la libre competencia de la Unión Europea puede ser buena muestra de que sí es posible diseñar categorías y mantener garantías propias a empresas.

Además, nos demuestran que estas sanciones que tienen carácter aflictivo y fines preventivos son punitivas en el sentido lato de la palabra.

Esto nos lleva a reflexionar sobre un tema que trasciende el ámbito del derecho comunitario y compromete todo el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. En los últimos tiempos se va atenuando las barreras entre ambos derechos y cada vez es más patente que estamos ante un derecho sancionador general al que debe aplicarse todos los principios materiales y procesales del derecho penal, dejando, de acuerdo al principio de subsidiariedad y fragmentariedad, las infracciones más graves (bienes jurídicos más importantes y lesiones más graves) al derecho penal y las menos graves al derecho administrativo sancionador.

Sin entrar en este tema que llevaría por lo menos una exposición específica, quiero señalar algunos rasgos del derecho penal moderno que confirman esta afirmación:

- Repliegue de la pena privativa de libertad y revitalización de la multa en muchos países. Hay que destacar que la corte constitucional francesa ha señalado que la multa es una pena y, por tanto, debe someterse a todos los principios penales. Ello prueba, la adjetivización de "penal" de una sanción es relativa, vista desde una perspectiva comparatista.

- En muchos sectores y especialmente en el derecho penal económico, la legislación penal se está convirtiendo en mero instrumento sancionador de cierre del sistema, donde las infracciones son definidas extra-penalmente. En estos ámbitos, el carácter penal o administrativo de la sanción es meramente de oportunidad, de acuerdo a la eficacia, rapidez, necesidad, especialidad, de la intervención.

- Existencia en el sistema sancionador penal de sanciones que no son definidas como penales, pero que materialmente lo son, porque son aflictivas, preventivas y aplicadas por un juez penal, como son las consecuencias accesorias del Art. 129 Código Penal aplicables a las personas jurídicas y Art. 128 el comiso de las ganancias del delito.

Todo ello nos demuestra dos cuestiones:

- Primero, si los contornos entre ambos derechos son difícilmente delineables, estamos tendiendo a un derecho sancionador general en todos los estados miembros, similar al que se aplica en la Unión Europea.
- Segundo, ese derecho sancionador general debe respetar los principios materiales y procesales del derecho penal, como conquistas ganadas para una intervención racional, en la que necesariamente habrá de revisarse el principio *societas delinquere non potest*, tal como ya lo ha hecho el derecho de la Unión Europea con las empresas en materia de libre competencia.

En definitiva, de acuerdo a la política criminal de la Unión Europea que ejerce un influjo importante en materia de derecho penal económico que es fundamentalmente empresarial, se impone necesariamente la posibilidad de sancionar penalmente a empresas y otros entes colectivos, cuestión que no es solo posibilidad sino ya es una realidad a la vista de las legislaciones de los últimos años, aún en los países que no la admiten abiertamente. En suma, quiero decir, que si en este momento existen respuestas sancionatorias del ordenamiento jurídico para sancionar a empresas, se trata de delinear criterios claros de atribución, garantías, principios para hacerlo más racionalmente, sin incoherencias en aras de la seguridad jurídica y de la prevención de dichas conductas; prueba de que esto es posible la tiene el derecho sancionatorio de empresas de la Unión Europea.

Entonces, considero que si la tendencia del derecho penal se orienta hacia la división de dos sistemas de imputación, como ya anuncian varios autores, esta clasificación no será fundamentalmente por la cualidad de la pena (aunque este es un elemento también a tener en cuenta, claro está), sino por la determinación de la responsabilidad individual o responsabilidad de sistemas complejos. Parece pues como anuncian Shünemann y otros autores, lo que pervivirá

en el futuro es dos sistemas sancionatorios: uno, el que conocemos centrado en la persona individual, y otro, todavía por terminar de diseñar, para las empresas y demás entes colectivos. El que se responda con sanciones penales o sanciones administrativas será una cuestión a dilucidar por el legislador de acuerdo a criterios político-criminales, primero vinculados a la importancia del bien jurídico y grado de lesión, segundo, teniendo en cuenta consideraciones de eficacia, oportunidad, tecnicidad de la materia, etc.

Respecto a la lucha de la criminalidad organizada dentro de los países miembros, las diferencias legislativas son abismales, mientras países como Italia o Alemania le han prestado mucha atención, en España, aparte de la legislación antiterrorista y contra la droga sólo se ha dado la LO 5/99 de 13 de enero, modificando la ley para dar cobertura legal al agente encubierto en la lucha contra la delincuencia organizada. Además, la ha definido como "la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno de los delitos que en esa ley se registra. Si observamos la lista, veremos que la mayoría pueden cometerse a través de empresas y otros entes colectivos.

Por último quiero señalar que la lucha contra la delincuencia organizada que amenaza este fin de siglo que se sirve del modelo de relaciones económicas de las sociedades postindustriales, debe hacerse por distintos frentes. Uno de ellos, muy importante es el de diseñar un modelo sancionatorio para empresas y otros entes colectivos con el fin de que los delincuentes no se sirvan de su impunidad para delinquir, ni aprovechen las lagunas legales que le brindan las incoherencias legislativas en los mercados comunes. Pero tan importante como sancionar incluso penalmente a las empresas en los casos graves, al aplicarles sanciones materialmente aflictivas y preventivas, deben rodearse de principios y garantías, para racionalizar la intervención y cumplir a cabalidad con los fines preventivos de las incriminaciones. Este es sin duda una de los retos de la política criminal moderna al que debemos responder los penalistas.

3.3 El delito de soborno internacional

El tema de la corrupción ha sido desde hace mucho tiempo un tema prioritario de la comisión de prevención del delito y justicia penal. El Instituto Internacional de las Naciones Unidas para las investigaciones sobre la delincuencia y la justicia ha recibido el encargo de organizar un curso práctico

En su resolución 54/128 de 17 de diciembre de 1999, titulada “lucha contra la corrupción”, la asamblea general subrayó la necesidad de elaborar una estrategia mundial para la lucha contra la corrupción, e invitó a los estados miembros a examinar la idoneidad de sus ordenamientos jurídicos internos para brindar protección contra la corrupción y confiscar el producto de la corrupción.

La oficina de fiscalización de drogas y prevención del delito, de la secretaría, ha iniciado recientemente un programa mundial contra la corrupción (E/CN.15/1999/CRP.3) que desarrollarán conjuntamente el Centro para la Prevención Internacional del Delito y el Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Justicia y el Delito. El programa mundial está destinado a ayudar a los Estados Miembros en sus esfuerzos de lucha contra la corrupción mediante dos componentes: la evaluación, y la cooperación técnica. El primer componente entraña la elaboración de un protocolo de fiscalización de la corrupción para poder llevar a cabo una amplia evaluación de la corrupción en todos los planos, mientras que el segundo componente prevé la aplicación de un grupo de actividades de asistencia extensa encaminadas a instituir o reforzar la capacidad institucional para prevenir, detectar, investigar y reprimir la corrupción.

Como regla general cabe decir que la corrupción va de la mano con el abuso del poder, los monopolios políticos y económicos y la delincuencia organizada. Por lo tanto, las medidas de carácter cultural, político, económico y legal, incluida la justicia penal, encaminadas a prevenir la corrupción o a luchar contra ella no se pueden separar de procesos más amplios de democratización política, desarrollo económico y social, y confianza en las transacciones financieras legales. Para aplicar medidas eficaces contra la corrupción, es preciso que los

Gobiernos asuman los correspondientes compromisos a su nivel supremo y lo demuestren públicamente en dando un buen ejemplo a todos los sectores de la sociedad civil, incluidos políticos, el sector comercial, la administración pública y el sector privado.

Las experiencias positivas (como la de la Región Administrativa Especial (SAE) de Hong Kong) de China han indicado que hay cuatro importantes componentes de toda estrategia de lucha contra la corrupción: a) las actividades de sensibilización y educación pública; b) la creación de instituciones en todos los sectores (judicial, legislativo, ejecutivo, privado, sociedad civil, medios informativos); c) la prevención, y d) la represión.

El fortalecimiento de la legislación penal es uno de los instrumentos legales más importantes para luchar contra la corrupción. Incluye normas para la sanción del soborno y de la corrupción en la oferta y la demanda dentro del sector público y del privado. Abundando en lo ante dicho, como los casos de corrupción comercial y de alto nivel los cometen a menudo personas legales, hay que elaborar soluciones normativas acerca de su responsabilidad penal.

3.4 Anteproyecto del delito de soborno internacional y su análisis doctrinario.

“Soborno Transnacional”. La persona individual o colectiva que ofrezca a un funcionario público de otro Estado directamente, o en forma indirecta por parte de un nacional, residente habitual o empresa domiciliada en el territorio del país, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Será sancionada, si se tratara de una persona física con una pena de cinco a doce años de prisión y una multa en quetzales equivalente al monto del soborno que se dio o se ofrecía dar, después de hacer las valuaciones o conversiones correspondiente. Si se tratara de una persona jurídica se le impondrá la cancelación de su personalidad jurídica y una multa equivalente al doble del soborno que se haya o hubiese pretendido realizar.

➤ Los elementos del tipo penal.

Bien jurídico tutelado: De ser creada una ley especial que desarrollará la Convención podría ser la economía nacional, de ser incorporado al Código sería *la administración pública*.

Sujeto activo: La propuesta de contemplar las dos formas de autoría individual o colectiva, obedece al desarrollo que ha tenido esta forma de organización. En lo referente a la autoría se acepta de igual forma la autoría mediata y la inmediata es decir, puede realizarse por una sola personal autor material e intelectual o por la intervención de dos o mas, tal el caso de los denominados testaferros, y en cuanto a estos no se requiere que sean nacionales estrictamente pueden ser residentes o simples viajeros siempre que realicen el acto en Guatemala e incluso podría perseguirse incluso cuando se cometiera fuera de la republica, si sus efectos debieran realizarse en el país. Como ejemplo de estas situaciones puede darse el cargo que un funcionario guatemalteco un ministro de minas por ejemplo viaje a un seminario y una empresa explotadora de oro lo contacte para por medio de un pago le asegure la concesión de explotación de determinada mina.

El elemento central del tipo objetivo es decir su núcleo lo constituye el verbo ofrecer es decir el delito se consuma con el ofrecimiento, pero incluso ya pagada la promesa puede perseguirse sin que siquiera se requiera que se haya iniciado por parte del funcionario la acción u omisión requerida sino simplemente la concreción de la oferta y su aceptación.

Si se observa los medios pueden ser dinero en efectivo, acciones, bienes, o cualquier otro tipo de situación que pueda estimarse pecuniariamente. Los términos "cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, como dádivas, favores, promesas o ventajas" pueden requerir adecuación a la legislación o terminología jurídica del país que legisla. La intención de la Convención parecería ser cubrir con la mayor amplitud toda ventaja o beneficio, directo o indirecto, sea o no de carácter pecuniario, capaz de influir indebidamente en la actuación del funcionario. Cabe recordar que la convención, en su Artículo 1, "definiciones" contiene una amplia definición de "bienes".

El sujeto pasivo es específico pues se habla de "funcionario público": entendiéndose por este cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

- La Convención se refiere únicamente a los funcionarios públicos de los estados extranjeros. Sin embargo, nada impediría que, si lo estima conveniente, el Estado que legisla considere también el caso de soborno de un funcionario internacional, es decir, un funcionario al servicio de una organización internacional interestatal (por ejemplo, la Organización de los Estados Americanos, o el Fondo Monetario Internacional), ya sea que tenga su sede dentro de su territorio o fuera de él.

El tipo subjetivo es doloso pues lógicamente se trata de una figura ilícita intencional.

CONCLUSIONES

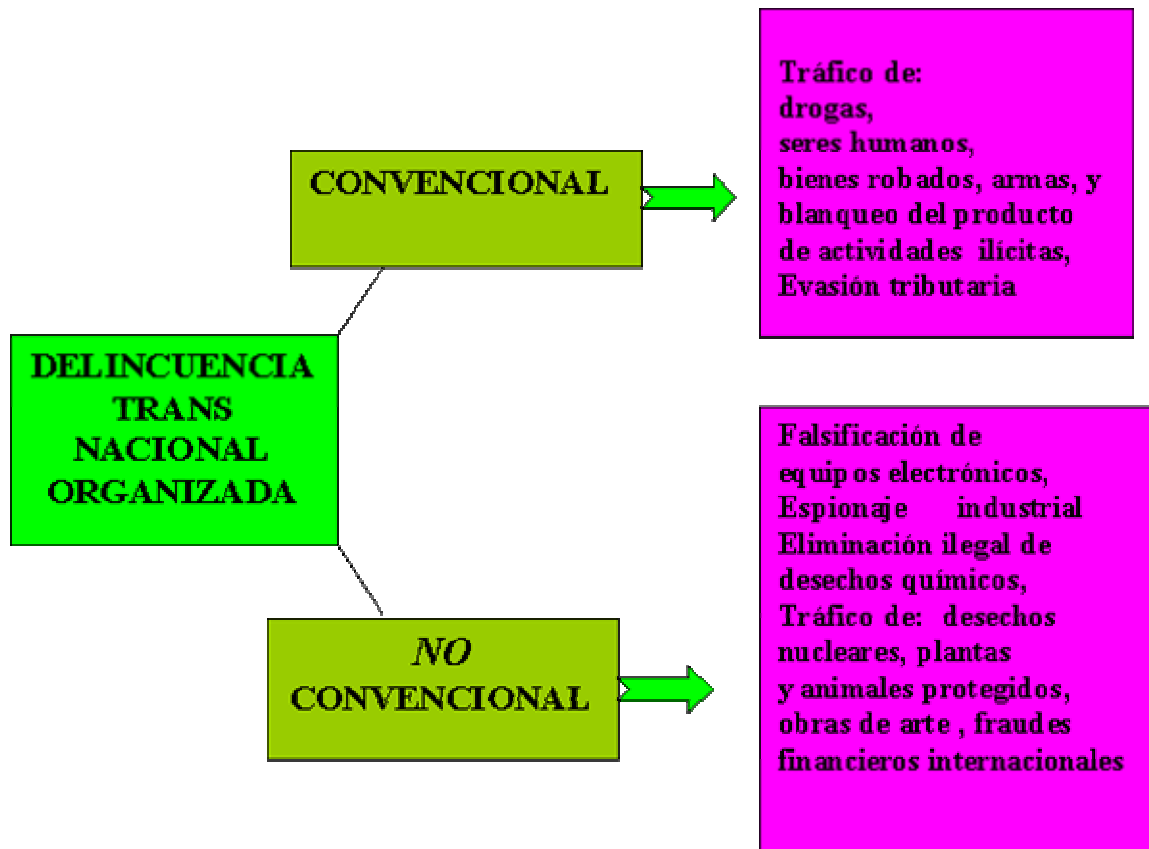
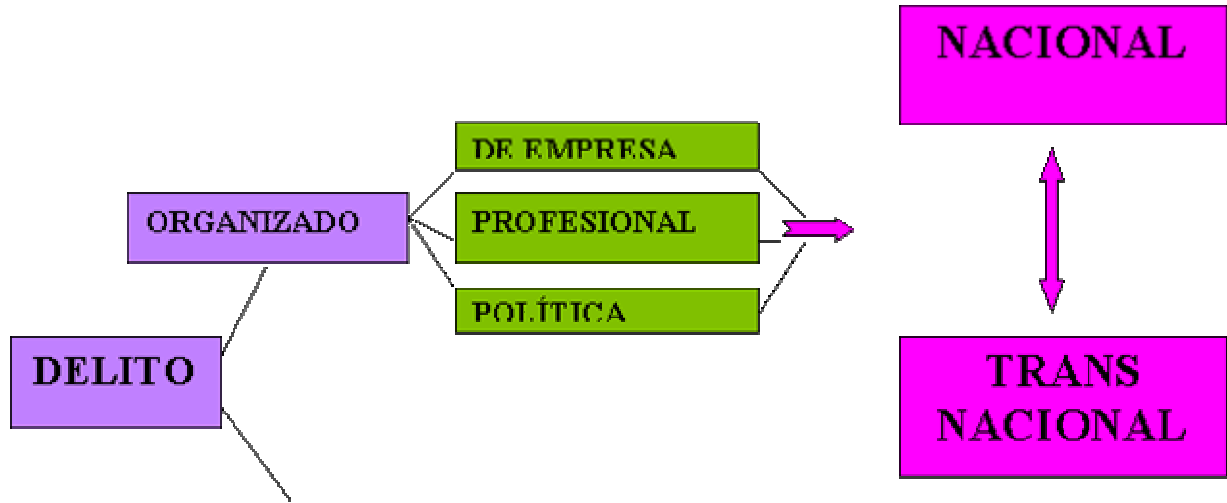
1. La corrupción es un fenómeno social que afecta en distinto grado a todos los países del mundo, pero que en especial incide en aquellos que como Guatemala no han alcanzado un verdadero desarrollo democrático y un efectivo Estado de Derecho.
2. El fenómeno de la globalización que se vive en el planeta, con los tratados de libre comercio y las uniones de los Estados en bloques destinados a mejorar sus condiciones políticas, sociales y financieras aumenta la criminalidad organizada y por ende la corrupción transnacional.
3. Ante la problemática de la corrupción y sus nefastas consecuencias a nivel mundial surgió la Convención Interamericana contra la corrupción de la cual Guatemala es parte.
4. Dentro de las figuras típicas que como parte de los compromisos adquiridos en la Convención Interamericana contra la corrupción Guatemala se comprometió a crear, aprobar y ratificar delitos que azotan al país. Dentro de los cuales se encuentra el Soborno Transnacional, el cual hasta la fecha no ha sido legislado.
5. Es necesario implementar con carácter de urgencia el tipo penal de Soborno Transnacional antes de la aprobación de tratados de libre comercio que se buscan con otras potencias o de lo contrario puede darse esta práctica tan común en países subdesarrollados, sin que exista la posibilidad jurídica de castigar dichos actos por lo que debe proponerse la iniciativa de ley correspondiente.

RECOMENDACIONES

1. Debe promoverse a nivel estatal como en el sector privado una amplia divulgación y concientización del fenómeno de la corrupción, sus clases y sus consecuencias así como los mecanismos de denuncia y procesamiento de las personas que incurran en ese tipo de acciones.
2. Que la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales conforme una comisión de especialistas en derecho penal con el objetivo de poder elaborar un anteproyecto de ley que contenga el delito de Soborno Internacional, y lo promueva ante el Consejo Superior Universitario para que éste en uso de la facultad de iniciativa de ley que la Constitución Política de la República le otorga presente al Consejo dicho anteproyecto.
3. Promover por medio de la Dirección de estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y el Instituto de Investigaciones Jurídicas análisis criminológicos de los casos de soborno transnacional que se han cometido en el país desde su apertura democrática en 1985.
4. Promover la incorporación en el pensum de estudios de la Convención Interamericana de la corrupción y las figuras típicas que de ellas se derivan especialmente el soborno transnacional.

ANEXOS

ANEXO 1



BIBLIOGRAFÍA

- ANCEL, Marc. **La defense sociale nouvelle**. Traducido al español por José Fernández 3ª. Ed. (s.e.), Paris, Francia 1981.
- ARAGONÈS, Alonso. **Derecho internacional público**, editorial Reus, 10ª. Ed.
- BARRIENTOS PELLECCER, César. **Código procesal penal concordado y anotado con la jurisprudencia constitucional**, editorial Elena, 1ª. Ed.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Ed. Heliastas S. de R. L. Argentina 1993.
- CUELLO CALÒN, Eugenio. **Derecho penal, Parte general y parte especial**. Ed. Bosch Barcelona, España 1971.
- CUELLAR, José. www.altavista.com. **Apuntes de prevención de delitos**, otros autores <http://www.analitica.com> **Causas del fenómeno delictivo**.
- FARNES KESTLER, Johann Maurice. **Introducción a la teoría constitucional moderna**, traducido al español por LuíS Arroyo Zapatero y Juan LuíS Gómez Colomer 1ª. Ed. España Editorial Ariel S.A.
- FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**, traducido al español por L. Piero Castro, Editorial Bosch, Reimpresión de la 2ª. Ed. España 1975.
- GARRONE, José Alberto. **Diccionario de jurídico Abeledo Perrot**, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina 1993.
- GOLSTEIN, Raúl. **Diccionario de derecho penal y criminología**, editorial Astrea, Buenos Aires Argentina 1978.
- HABERNAS, Jurgén. **Conocimiento e interés**, editorial Taurus, Madrid 1982.
- HANNAH ARENDT, José Manuel. **La condición humana**, editorial Piados, Barcelona 1993.
- HERRARTE, Alberto. **Derecho procesal penal**. Centro Editorial Vile Guatemala 1989.
- Mensaje de la **Alta comisionada para los derechos humanos**, quincuagésimo Aniversario de la declaración de los derechos humanos, 10 Diciembre de 1998.

MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado de la prueba en materia criminal**, adicionado y puesto al día por Pedro 1979.

Modulo de Derechos humanos .[http:// www.lepala.Es/Ddhh/255.Htm](http://www.lepala.Es/Ddhh/255.Htm) (25 De octubre 2002).

MONTERO ARACO J. **Derecho jurisdiccional**, editorial J.M. Bosch, Barcelona 1991.

OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, editorial Heliasta, España 2001.

RODRÍGUEZ, Alejandro. **Proceso penal, derecho probatorio**, programa de justicia Aid-Usaid, Guatemala 2001.

ROXIN CLAUS, Gunther Arzt y TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al penal y al derecho, procesal penal**, traducido y anotado por Juan Luís Gómez Colomer, Editorial Ariel España 1989.

RUANO CASTAÑAZA, Héctor Alfredo. **Introducción al derecho**, un estudio grafico tesis Graduación USAC Guatemala 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina**, informe final, Argentina, Editorial Palma 1986.

<http://www.segeplan.Gob.Gt> (<Http://www.Segeplan .Gob. Gt>)

Legislación:

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

Convención Interamericana contra la corrupción.

Código Penal. Congreso de la República, Decreto numero 17-73, Ed. 2004.

Código Procesal Penal. Congreso de la República, Decreto número 51-92, Ed. 2004.