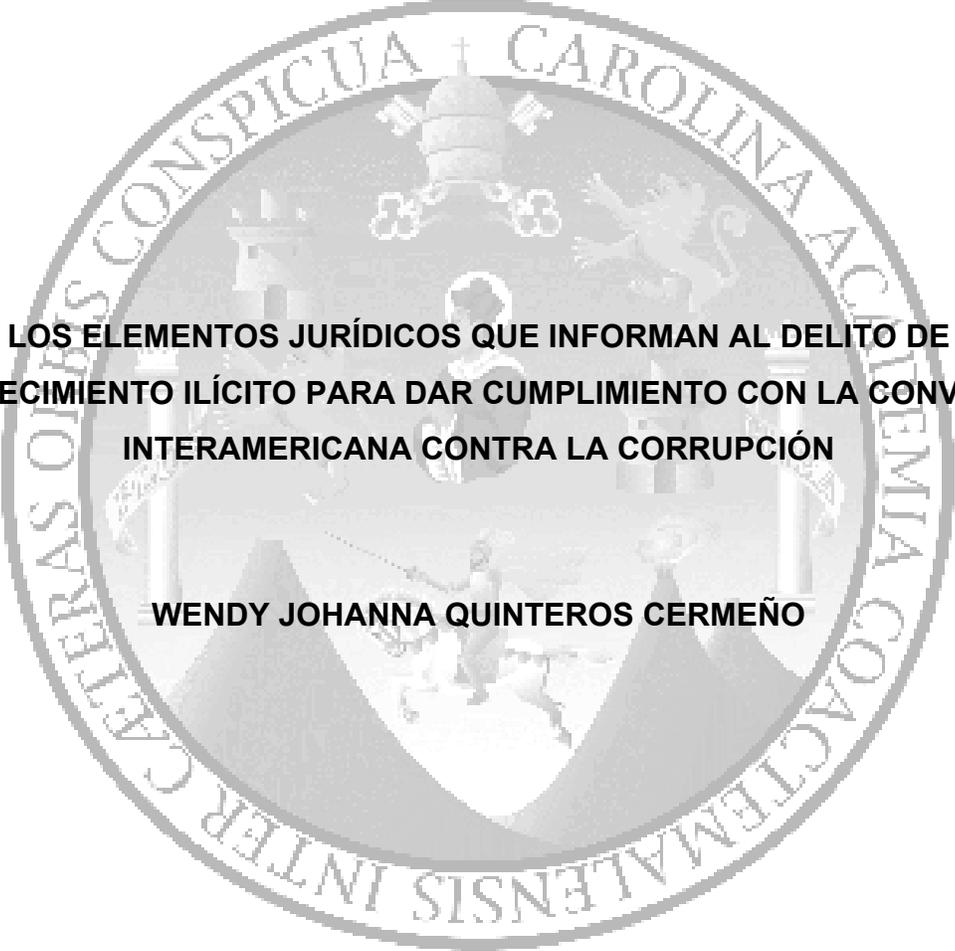


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure holding a staff, surrounded by various symbols including a cross, a book, and a globe. The Latin motto "CETERAS OIBES CONSPICUA CAROLINA ACCADEMIA COACTEMALENSIS INTER" is inscribed around the perimeter of the seal.

**LOS ELEMENTOS JURÍDICOS QUE INFORMAN AL DELITO DE
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO PARA DAR CUMPLIMIENTO CON LA CONVENCION
INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION**

WENDY JOHANNA QUINTEROS CERMEÑO

GUATEMALA, AGOSTO DE 2008

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

**LOS ELEMENTOS JURÍDICOS QUE INFORMAN AL DELITO DE
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO PARA DAR CUMPLIMIENTO CON LA CONVENCION
INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Por

WENDY JOHANNA QUINTEROS CERMEÑO

Previo a conferírsele el grado académico de
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, Agosto 2008.

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



DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

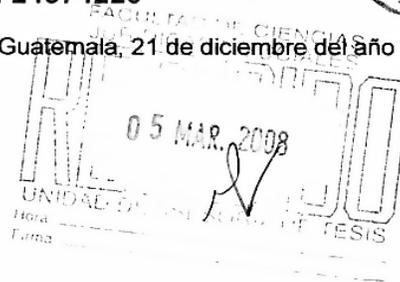
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

MAG. LIC. CORALIA CARMINA CONTRERAS FLORES DE ARAGON
Boulevard sur 1-025 zona 4 de Mixco, Residenciales El Pedregal de
Naranjo. / Teléfono. 24374220



Guatemala, 21 de diciembre del año 2007.

Señor jefe de la unidad de tesis
Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala. Su Despacho.



Estimado Licenciado Castillo Lutín:

Por este medio me dirijo a usted, con el propósito de informarle que de conformidad con el nombramiento que se me hiciera con fecha diecinueve de noviembre del año en curso, para asesorar a la bachiller **WENDY JOHANNA QUINTEROS CERMEÑO**, respecto a su trabajo de tesis intitulado "**LOS ELEMENTOS JURÍDICOS QUE INFORMAN AL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO PARA DAR CUMPLIMIENTO A LA CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION**", procedí a emitirle mi opinión y los arreglos que la suscrita consideró pertinentes, los cuales fueron atendidos por la Bachiller **Quinteros Cermeño**.

El trabajo desarrollado es novedoso e interesante, por cuanto se refiere a la situación en que se encuentra la administración pública y que es de conocimiento general, el hecho de los actos de corrupción en que se han visto envueltos algunos funcionarios y empleados públicos y de las obligaciones del Estado en la Convención interamericana contra la corrupción, así también, la importancia de tener conocimiento de las iniciativas de ley que existen y que son variadas, por lo que considero que el referido trabajo cumple con los requisitos que para el efecto establece el artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de **Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales** y del examen general público. Se hace constar por lo tanto, que es opinión de la suscrita asesora que el trabajo tiene un contenido científico y técnico, considerando que la metodología y técnicas de investigación utilizadas son las apropiadas, así como la redacción y los cuadros que se presentan y que representan para el conglomerado estudiantil y profesional un aporte científico a la problemática de la corrupción en la administración pública. Además, que las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizadas se encuentran apropiadas y por ello emito el presente dictamen favorable.

Atentamente,

Mag. Lic. CORALIA CARMINA CONTRERAS FLORES DE ARAGON
COLEGIADA No. 5656

LICENCIADA
Coralia Carmina Contreras Flores
ABOGADA Y NOTARIA

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintisiete de marzo de dos mil ocho.

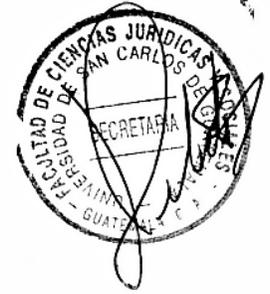
Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) LUIS FELIPE GARCÍA LEIVA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante WENDY JOHANNA QUINTEROS CERMEÑO, Intitulado: "LOS ELEMENTOS JURÍDICOS QUE INFORMAN AL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO PARA DAR CUMPLIMIENTO A LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN".

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 el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


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

cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh

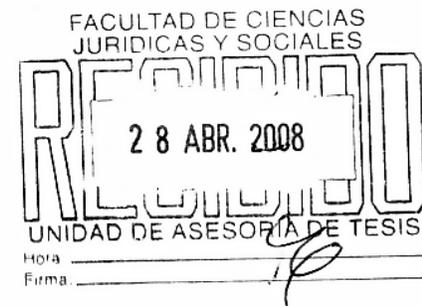




LICENCIADO LUIS FELIPE GARCIA LEIVA
7ª. Calle A 8-18 Zona 7, Colonia Quinta Samayoa
Teléfono 55487947

Guatemala, 15 de abril de 2008

Señor Jefe de la Unidad de Tesis
Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Estimado Licenciado Castillo:

De conformidad con lo ordenado por Usted, procedí a revisar el trabajo de tesis denominado **LOS ELEMENTOS QUE INFORMAN AL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO PARA DAR CUMPLIMIENTO A LA CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION** el cual fue elaborado por la Bachiller WENDY JOHANNA QUINTEROS CERMEÑO.

La investigación realizada por la Bachiller WENDY JOHANNA QUINTEROS CERMEÑO, se encuentra revestida de un contenido científico y técnico, utilizando la metodología y técnicas de investigación apropiadas para este tipo de investigaciones. Así también la redacción es adecuada y aceptable, las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada, razón por la que considero que llena todos los requisitos establecidos en nuestra Facultad para este tipo de trabajo, contenidos en el artículo 32 del Normativo para la elaboración de la Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala en virtud de lo cual estimo el mismo debe ser aprobado y ordenarse la impresión del trabajo antes referido y que el mismo sirva de base para el examen profesional correspondiente.

Atentamente,

Luis Felipe García Leiva
Abogado y Notario



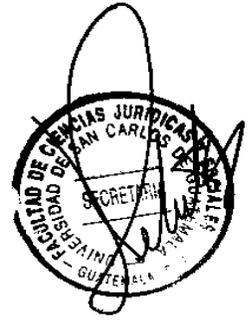
Lic. Luis Felipe García Leiva
Abogado y Notario
Col. No. 4006

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

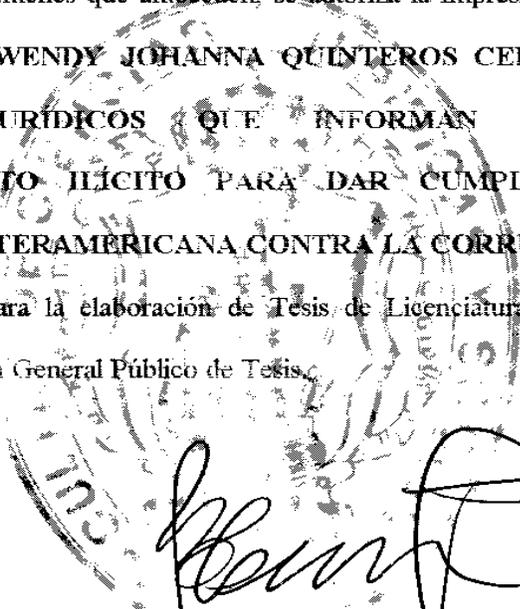
Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, diecinueve de mayo de dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo e Tesis del (de la) estudiante WENDY JOHANNA QUINTEROS CERMEÑO, titulado "LOS ELEMENTOS JURÍDICOS QUE INFORMAN AL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO PARA DAR CUMPLIMIENTO CON LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN". Artículo 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.





DEDICATORIA

- A Dios: Mi amado Padre Celestial, que me dio sueños, visiones, iluminó mi vida, me dio la fortaleza de perseverar y lograr mi sueño que hoy es una realidad gracias a su apoyo.
- A mis padres: **Aurora Cermeño Ramos**. Por su apoyo incondicional y darme siempre esperanzas de que todo lo que anhelo lo puedo lograr, confiar y depositar sus sueños en mí. Dr. **Víctor Hugo Quinteros Betancourt**, por sus sabios consejos y cariño.
- A mi esposo: **Gerson Velásquez** Por creer siempre en mí, darme su apoyo, amor incondicional y la confianza que me ha brindado para el logro de mis metas.
- A mis abuelitos: **Oscar Armando Cermeño (Q.E.P.D.) y Manuela Ramos de Cermeño (Q.E.P.D.)**, gracias por su apoyo y amor sincero que me brindaron mientras estuvieron conmigo, es por eso que siempre fueron y serán mi papito y mamita.
- A mis hermanos: **Nancy** gracias por tu apoyo y cariño, **Miguel Ángel, Madelyn, Michelle y Melanie**, con especial cariño y que este triunfo sea un ejemplo.



A mis tíos:

**Lesbia, Antonio, Sergio, Manuel, René (Q.F.P.D.),
Flor, Eve, Marta y Oscar.** Con cariño especial.

A mis suegros:

Orlando y Dalila Velásquez con cariño.

A los profesionales:

Magistrada Licda. Coralia Carmina Contreras de Aragón, Lic. Luis Felipe García Leiva, Lic. Alfredo Arias Beltrán, Licda. Anabella Orellana Reyna, Licda. Ana María Ramírez, Licda. Marisol Morales Chew, Lic. Bonerge Mejía, Lic. José Esaú Azurdia Mansilla, Lic. Maximiliano Araujo, Licda. Carmen Araujo, Lic. Dorita de Azurdia, Licda. Juanita López, Lic. Vilma de Chavarria, infinitas gracias por su apoyo y compartir sus conocimientos.

A mis amigos y amigas:

John, Thelma, Marisela, Adolfo, Brenda, Karla, Sandra, Marvin, Sergio, Otoniel, Osverto, Edwin, Edilsar, Soemia, Julissa, Jonathan, Ricardo, Verónica, Marielos, Cesy, Luis Alberto. Con cariño fraternal.

A:

La Universidad San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por forjarme como profesional.

A usted:

Especialmente.

ÍNDICE



Introducción 1

CAPÍTULO I

1. La teoría del delito.....	1
1.1. Breves consideraciones.....	1
1.2. Elementos positivos del delito.....	3
1.2.1. La acción y la omisión.....	3
1.2.2. La antijuricidad.....	5
1.2.3. La tipicidad.....	7
1.2.4. La teoría de la imputación objetiva.....	8
1.2.5. El resultado.....	10
1.2.6. El dolo.....	10
1.2.7. La culpa.....	12
1.2.8. Causas de tipicidad.....	13
1.2.9. Caso fortuito.....	14
1.2.10. La culpabilidad.....	14
1.2.11. La punibilidad.....	15
1.2.12. La imputabilidad	16



CAPÍTULO II

2. La Convención Interamericana contra la Corrupción y la realidad Guatemalteca.....	19
2.1. Análisis de la Convención.....	19
2.2. Propósitos de la Convención.....	20
2.3. Las medidas preventivas que se regulan en la Convención.....	21
2.4. Ámbito y jurisdicción de la Convención.....	22
2.5. La definición de actos de corrupción de la Convención.....	23
2.6. La realidad guatemalteca.....	26

CAPÍTULO III

3. Análisis del código penal desde la perspectiva de los actos de los de corrupción regulados en la Convención Interamericana contra la Corrupción.....	31
3.1. Aspectos considerativos.....	31
3.2. Principio de retributividad.....	32
3.3. Principio de legalidad.....	32
3.4. Principio de necesidad.....	33
3.5. Principio de lesividad.....	33
3.6. Principio de materialidad o derecho penal del acto.....	34
3.7. Principio de culpabilidad.....	35
3.8. El código penal y las conductas ilícitas que cometen los funcionarios y empleados públicos.....	35
3.9. Respecto al bien jurídico tutelado en los delitos relacionados con actos de corrupción.....	43
3.10. Los actos de corrupción que regula la Convención Interamericana contra la Corrupción y el código penal guatemalteco.....	47



3.11. Lo que sucede con el enriquecimiento ilícito como acto de corrupción contenido en la Convención y el peculado contenido en el código penal Guatemalteco.....	50
--	----

CAPÍTULO IV

4. Los elementos jurídicos que configuran el delito enriquecimiento ilícito para cumplir con la Convención Interamericana contra la Corrupción y necesidad de que se incluya en el código penal.....	55
4.1. Los elementos jurídicos que configuran el enriquecimiento ilícito.....	55
4.2. Otras leyes relacionadas con los actos de corrupción.....	57
4.3. La ley contra la delincuencia organizada.....	57
4.4. Análisis de legislación comparada.....	58
4.4.1. Situación de el Salvador.....	58
4.4.2. La república de Honduras	59
4.4.3. La república de Costa Rica.....	61
4.4.4. La república de Nicaragua.....	62
4.5. En el ámbito puramente penal.....	64
4.6. Proyecto de iniciativas de ley presentadas por diversos diputados al congreso de la república en materia de actos de corrupción derivados de la Convención Interamericana contra la Corrupción.....	74
4.6.1. Ley contra el enriquecimiento ilícito.....	74
4.6.2. Proyecto o iniciativa de ley contra el enriquecimiento ilícito	78
4.6.3. Iniciativa de la ley anticorrupción.....	82
4.6.4. Iniciativa de ley de investigación, control y fiscalización de ingresos gastos públicos presupuestados.....	84
CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES.....	91
ANEXO.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	105



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se elabora con el propósito de analizar lo que ha sucedido en la sociedad guatemalteca, con el abuso de poder que han ejercido los funcionarios de los últimos gobiernos y que se ha catalogado como actos de corrupción, pero que en el caso de Guatemala, el Código Penal se ha quedado corto al respecto, teniendo un instrumento jurídico interamericano e internacional como lo es la Convención Interamericana contra la Corrupción, que podría ajustarse como parte de los compromisos y obligaciones contraídas por el Estado de Guatemala al momento de ser parte del mismo y haberlo aprobado y ratificado para tener un mayor control de los abusos de poder que ejercen los funcionarios públicos cuando están en ejercicio del cargo, en perjuicio de la sociedad y que lesiona derechos fundamentales de la misma sociedad, por cuanto ya no se cumplen los fines del Estado en lograr un bienestar social, a causa de la falta de recursos que han sido malversados o apropiados indebidamente.

El presente trabajo de investigación conlleva efectuar un análisis jurídico, doctrinario y legal de lo que son actos de corrupción y como son enfocados desde la perspectiva de la Convención Interamericana contra la Corrupción de la cual el Estado de Guatemala es parte. Es por ello, que dentro del trabajo se analizará la convención en referencia y se determinará la importancia de que se regule en el Código Penal, los **actos de corrupción** como delitos perseguibles de oficio y que atentan contra bienes jurídicos tutelados como es la Administración Pública.

Hay corrupción en Guatemala porque en el congreso que es donde se deben de crear las iniciativas de ley, no les conviene y por ello no proponen iniciativas que tengan los elementos necesarios para juzgar este tipo, más bien dan iniciativas pobres y que nunca tienen un avance que beneficie a nuestra sociedad y proteja el patrimonio de la nación.



El trabajo quedó contenido en **cuatro capítulos** de los cuales el primero trata sobre todo lo relacionado al delito; el segundo capítulo trata sobre la Convención interamericana contra la corrupción y la realidad guatemalteca; el tercer capítulo trata sobre un análisis del código penal desde la perspectiva de los actos de corrupción regulados en la Convención interamericana contra la corrupción; el cuarto capítulo trata sobre los elementos jurídicos que configuran el delito de enriquecimiento ilícito para cumplir con la Convención interamericana contra la corrupción y necesidad de que se incluya en el código penal.

La investigación se realizó aplicando los métodos analítico, sintético e inductivo, por medio de los cuales y a través de la técnica bibliográfica y documental se recabo toda la información que incluyó doctrina, legislación y se analizó, lo que consideré más importante, dando como resultado la presente tesis.

Esperando que el presente trabajo sirva de respaldo para futuras investigaciones a los estudiantes de Derecho de todas las universidades de Guatemala y en especial a los de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.



CAPÍTULO I

1. La teoría del delito

1.2. Breves consideraciones

Dentro del estudio del Derecho Penal, es pieza fundamental el abordar el tema de la teoría del delito, como un elemento en la conformación de la normativa. Se cataloga como un sistema, que se conforma en primera instancia por un grupo de presupuestos jurídico-penales de carácter general que deben concurrir para establecer la existencia de un delito; es decir, permite resolver cuándo un hecho es calificable de delito y por lo tanto, en el caso de los legisladores y jueces, poder cumplir con los fines del Derecho Penal, dentro de las limitaciones que tiene que tener el Estado en el ejercicio del poder punitivo contra la sociedad.

Es por ello que cuando se habla de la teoría, es precisamente eso, todo aspecto que no puede circunscribirse a un hecho, un orden material, sino que constituye, como se dijo antes, un presupuesto que parte de la doctrina que arroja los elementos o condiciones básicas y comunes a todos los delitos.

Históricamente, se puede hablar de dos corrientes o líneas: la teoría causalista del delito y la teoría finalista del delito. Para la explicación causal del delito la acción es un movimiento voluntario físico o mecánico, que produce un resultado el cual es tomado por el tipo penal, sin tener en cuenta la finalidad de tal conducta. La teoría finalista del delito entiende la conducta como un hacer voluntario final, en cuyo análisis deben considerarse los aspectos referidos a la manifestación exterior de esa finalidad. Mas recientemente, las doctrinas funcionalistas intentan constituir un punto de encuentro

entre finalistas y causalitas. Cabe destacar en esta línea a Roxin en Alemania y Cuesta Aguado en España, entre otros.



La primera corriente considera preponderantemente los elementos referidos al desvalor del resultado; la segunda, por el contrario, pone mayor énfasis, en el desvalor de la acción. La mayoría de los países del llamado derecho continental, utilizan la teoría finalista del delito. Pero a partir de la década de los 90, en Alemania, Italia y España, aunque parece imponerse en doctrina y jurisprudencia la estructura finalista del concepto de delito, se inicia el abandono del concepto de injusto personal, propio de la teoría finalista, para introducirse poco a poco en doctrina y jurisprudencia las aportaciones político-criminales de un concepto funcionalista del delito orientado a sus consecuencias. Quizá la aportación más significativa al concepto de delito del funcionalismo moderado sea la denominada **Teoría de la imputación objetiva** que introduce el concepto de riesgo en la tipicidad, buscado la moderación, en unos casos, de la amplitud de las conductas inicialmente susceptibles de ser consideradas como causa y en otros, la fundamentación de la tipicidad en base a criterios normativos en aquellos supuestos en los que ésta, la tipicidad, no puede fundamentarse en la causalidad como sucede en los delitos de omisión, algunas modalidades de delitos de peligro, etc.”¹

Entonces, la teoría general del Delito, estudia al delito propiamente dicho, los elementos integrantes, tanto positivos como negativos. **En la base de la teoría del delito se encuentra el comportamiento humano, por lo cual el intérprete debe comenzar preguntándose, ante todo, si lo que tiene bajo análisis es un comportamiento o conducta humanos. El concepto de acción juega así un papel básico en la teoría general del delito. A partir de él, y mediante diversas**

¹ De Mata Vela, José Francisco, Héctor Aníbal de León Velasco. **Manual de derecho penal guatemalteco.** Pág. 140.



elaboraciones teóricas, se han ido introduciendo los restantes elementos del delito. El elemento tipicidad se agregó con los aportes de E. Beling, quien indica que la conducta penalmente relevante se deduce de las descripciones que hace la ley penal, de la legislación positiva, la que presenta tipos, que son conceptos formales, figuras, que por abstracción hace el legislador. En cuanto al elemento antijuricidad, parece ser una de las más antiguas herramientas de los penalistas, desde que Carrara hablara de la infracción de la ley del Estado, y que más tarde K. Bindign definió como lo prohibido por la norma, hasta hablarse llanamente de la confrontación entre la conducta realizada y la prescrita por el orden jurídico. El elemento culpabilidad ha sufrido diversas transformaciones históricas: si para el causalismo contenía sobre todo las formas de la responsabilidad subjetiva, el dolo y la culpa, en la actualidad, a partir del concepto finalista de acción, se acepta que el dolo y la inobservancia del cuidado objetivamente debido estén en el tipo, dando lugar a tipos dolosos e imprudentes, la culpabilidad según este concepto, es un juicio de reproche que se formula a quien no se abstiene de actuar, pudiendo hacerlo, de acuerdo al mandato de la norma.

Finalmente, aparece la punibilidad como elemento que aporta contenidos de oportunidad o conveniencia precisos en ciertos casos para poder alcanzar plenamente el concepto de delito”.²

1.2. Elementos positivos del delito

1.2.1. La acción y la omisión

La acción implica movimiento, la realización de un acto, ejercer una actitud externa del ser humano. La conducta humana (acción u omisión) es la base sobre la cual descansa toda la estructura del delito. Si no hay acción humana, si no hay conducta,

² Ibid. Pág. 143



no hay delito. En el caso de la omisión, ésta puede interpretarse como la acción en su forma pasiva.

Von Liszt define por primera vez el concepto de acción como la producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior. En este concepto, para la modificación causal del mundo exterior debía bastar cualquier efecto en el mismo, por mínimo que sea”.³

Acción humana es el ejercicio de la actividad final, y la **finalidad** o **carácter final** de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse por ello diversos objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos.

Actividad final es en consecuencia, una producción consciente de efectos, partiendo de un objetivo, la cual supradetermina finalmente el curso causal externo.

Para Welzel, la acción humana está encaminada a un fin objetivo. Según Welzel existen ciertos límites que el Derecho Penal debe tomar en cuanto a la acción, y es que el concepto de acción, propiamente tal, es supra jurídico.”⁴

La acción humana, como tal, tiene como fundamento el encaminarse hacia un fin determinado, por lo que la acción humana es una conducta dirigida a un determinado fin que incluiría elementos internos (motivaciones, intenciones, voluntad, análisis de

³ La teoría general del delito. Wikipedia.com. 30-11-07

⁴ *Ibíd.* Pág.234

medios, decisión) y elementos externos (los medios elegidos para encaminar la acción al fin determinado).



1.2.2. La antijuridicidad

“En términos generales se entiende la antijuridicidad como una relación de contradicción con el orden jurídico. Esta contradicción ya se ha dado, aún de modo provisional, en cuanto se comprueba la realización del tipo”.⁵

La antijuridicidad es aquel desvalor que posee un hecho típico contrario a las normas del Derecho en general, por eso se ha dicho que no basta con que la conducta se encuadre en el tipo penal, puesto que es necesario que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por el ordenamiento, no protegida por causas de justificación.

La antijuridicidad precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica. Para que sea delictuosa, la conducta ha de ser típica, antijurídica y culpable. La antijuridicidad es otro de los elementos estructurales del delito.

Por lo anterior, es que se considera como un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito. Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir el Derecho, es decir, ha de ser antijurídica.

⁵ *Ibíd.* Pág. 147



Se considera un concepto jurídico que supone la comparación entre lo realizado y lo establecido por el ordenamiento y que denota como ésta es una conducta contraria a Derecho, **lo que no es Derecho**, aunque en realidad la conducta antijurídica no está fuera del Derecho, por cuanto éste le asigna una serie de consecuencias jurídicas.

“Se refiere que en cuanto a este elemento, deben surgir causas de justificación que el Código Penal señala, para eximir de responsabilidad penal al sujeto activo, dentro de ellas se encuentra la legítima defensa, que su fundamento reside en la necesidad en que se puede encontrar un individuo de defender de inmediato sus bienes jurídicos, unido al hecho de que ellos están siendo agredidos a través de una acción que es injusta y que por ello no tiene porqué soportar. El legislador ha previsto para estos casos un precepto permisivo que autoriza realizar el tipo delictivo que sea preciso para neutralizar la agresión ilegítima.”⁶

El estado de necesidad es otra situación que legitima un comportamiento típico: de acuerdo a lo que establece el Artículo 24 inciso 2º. del Código Penal, esta situación se da cuando se comete un hecho en principio delictivo, obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro no causado por él voluntariamente ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro. Se trata de una situación de conflicto de intereses, en la que el peligro actual e inminente para legítimos intereses únicamente puede ser conjurado mediante la lesión de otros intereses o bienes jurídicos.

Hay dos grupos de estado de necesidad: en el primer grupo, el fundamento de la exención es la salvación del interés objetivamente más importante, estamos en el estado de necesidad justificante, que hace lícita la conducta típica llevada a cabo para salvar tal interés. En el otro grupo el interés lesionado sería igual al que se salva; en

⁶ *Ibid.* Pág. 147



este caso la conducta típica realizada continúa siendo antijurídica, todo lo demuestrado podrá disculpar de la pena al sujeto si ha actuado en una situación difícil, en la que no le era exigible.

1.2.3. La tipicidad

Se refiere al tipo, al encuadramiento de la norma. Se denomina tipicidad a la adecuación de la conducta humana a la descripción contenida en la ley. Por ejemplo, cuando en el Código Penal Guatemalteco, el artículo 123 se refiere a **quien diere muerte a alguna persona**, la conducta típica está dada por el hecho concreto de matar a otro, y esto se denomina homicidio.

En el tipo se incluyen todas las características de la acción prohibida que fundamenten positivamente su antijuricidad. Pero no siempre se pueden deducir directamente del tipo estas características y hay que dejar al juez la tarea de buscar las características que faltan. Ello se debe a la dificultad de plasmar legalmente tales características en el tipo legal. Esta tarea también ha sido muy discutida por los doctrinarios cuando algunos se refieren a que el tipo debe ser claro, que permita que el juez adecúe la acción o conducta humana a esa figura tipo y no debe por lo tanto, el juez agregar o interpretar de conformidad con el hecho, las características o elementos que hagan falta en el tipo puesto que en este caso, se ha dicho, se caería en una ilegalidad.

Funciones del tipo

Son todas las manifestaciones del ser humano, cualesquiera que sean sus características de presentación, es decir, es todo aquello que hacemos, pensamos y

sentimos. Siempre va encaminada a la realización de un fin y existe una voluntad consciente para la realización del acto.



El nexos entre la conducta y el resultado

La prueba de la relación de causalidad es un elemento imprescindible en los delitos de resultado para la calificación como típica de la conducta. La teoría causal más extendida y comúnmente admitida es la Teoría de la equivalencia de condiciones, si bien no en su versión tradicional (Conditio sine qua non) sino como teoría causal que explica lógicamente porque a una acción le sigue un resultado en el mundo exterior, según las leyes de la naturaleza. Una vez constatada la existencia de una relación de causalidad, en algunos supuestos será necesario comprobar que además, la conducta es imputable a su autor. Esta atribución se realiza, según la teoría de la imputación objetiva en base a criterios normativos limitadores de la causalidad natural. En primer lugar, habría que constatar que el resultado producido incrementó el riesgo prohibido y a continuación, que el riesgo creado fue el que se materializó efectivamente en el resultado producido.

1.2.4. La teoría de la imputación objetiva

Ante la crítica doctrinal de la teoría de la causalidad, en España y Alemania se elaboró esta teoría alternativa. Existen tipos penales de cuya causalidad se duda o que siendo causales, se duda de su tipicidad. El ejemplo más claro de esta crítica son los delitos omisivos. En estos tipos, la no realización de una conducta es lo que se pena, pero no es racionalmente posible atribuir a esa inacción el posible resultado posterior, pues no se sabe qué sucedería si el agente hubiese actuado como se lo



pide la norma. Ante este obstáculo, la doctrina ha elaborado la teoría de **riesgo típicamente relevante**, para poder atribuir tipicidad a una acción. En primer lugar se analiza si efectivamente la conducta realizada despliega un riesgo de entre los tutelados por la norma penal. Así, en caso de un delito comisivo, el análisis de una conducta homicida deberá determinar que, por ejemplo, disparar a otro con un arma de fuego es una conducta que despliega un riesgo de los contemplados por la norma que prohíbe el homicidio; es decir, que es idóneo para entrar dentro de la descripción normativa de homicidio. De esta forma, causar la muerte a otro clavándole una aguja en el dedo, provocando así una reacción química inesperada, no es un riesgo de los previstos por la norma penal, pues el clavar una aguja a otra persona no es una conducta socialmente vista como suficientemente riesgosa para causar un homicidio (aunque efectivamente, exista una relación causal).

Por el otro lado, en el supuesto de un delito omisivo, como el de no socorrer a alguien que está en peligro, la conducta de no hacer nada no es causal del posible daño posterior, pero sí despliega un riesgo de los previstos por la norma. Es decir, no hacer nada ante esa situación es justamente aquello que la norma penal busca prevenir (igual que la del homicidio, busca evitar las conductas socialmente consideradas idóneas para matar). A partir de la constatación de ese riesgo típicamente relevante, se debe constatar que el resultado (la muerte, las lesiones, etc.) es expresión de ese riesgo y no fruto de otras conductas o eventos ajenos al agente. Este último análisis no se realiza en delitos llamados **de mera actividad**, en los que no hace falta un resultado para que haya delito (omisión de socorro, allanamiento de morada, etc.).



1.2.5. El resultado

El resultado es la consecuencia externa y observable derivada de la acción (manifestación de voluntad). Los códigos penales castigan en algunos casos la acción (delitos de simple actividad) y en otros el resultado que se deriva de ésta (delitos de resultado). Pero también puede haber conductas de no hacer o dejar de hacer que traen como consecuencia un resultado y puede ser formal o material.

1.2.6. El dolo

El dolo ha sido definido por numerosos e importantes autores. Entre los que destacan como los principales Grisanti, Carrara, Manzini y Jiménez de Asúa⁷ quienes han emitido un concepto completo de lo que se entiende por el dolo.

Según Hernando Grisanti “ el dolo es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley tipifica como delito. Según Francesco Carrara el dolo es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley. Manzini define al dolo como la voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro, del cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho está reprimido por la ley. Luis Jiménez de Asúa dice que el dolo es la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrantando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el

⁷ De Mata Vela, Ob. Cit. Pág. 234

mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción o con representación del resultado que se requiere”.⁸



En suma, puede decirse que el dolo es conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible. El dolo está integrado entonces por dos elementos: un elemento cognitivo: conocimiento de realizar un delito y un elemento volitivo: voluntad de realizar un delito o en pocas palabras significa: **El querer de la acción típica.**

En las diversas escuelas penales modernas la discusión en relación con el dolo se ha escenificado sobre el alcance que se le da al elemento cognitivo del dolo y la ubicación sistemática del dolo:

Clases de dolo

Dolo directo: Se produce cuando un sujeto representa en su conciencia el hecho típico, es decir, constitutivo de delito. En el dolo directo el autor tiene el total control mental de querer y saber cuál es la conducta típica que se plantea realizar y la comete, independientemente de que aquella acción dé sus resultados esperados. Un ejemplo del dolo directo es el hecho de que una persona planifica matar a otra y realiza todos los elementos necesarios para cumplir ese fin y llega el momento en que lo hace.

Dolo indirecto: Es aquél que se materializa cuando el sujeto se representa el hecho delictivo, pero no como un fin, sino como un hecho o efecto inevitable o necesario para actuar o desarrollar la conducta típica. Ejemplo: **Roberto quiere dar**

⁸ *Ibíd.* Pág. 234



muerte a Pedro, le pone una bomba en el auto, la bomba explota y producto de ello mueren la señora y los hijos de Pedro. La finalidad no es matar a la familia, pero es necesario.

Dolo eventual: Cuando el sujeto representa el hecho como posible, lejano, pero que podría llegar a ocurrir; no obstante, actúa aceptando dicha posibilidad. Ejemplo: **La persona que le tira una flecha a un sujeto que tiene una manzana sobre la cabeza.**

1.2.7. La culpa

El tipo culposo individualiza una conducta (al igual que el doloso). La conducta no se concibe sin voluntad y la voluntad no se concibe sin finalidad, la conducta que individualiza el tipo culposo tendrá una finalidad, al igual que la que individualiza el tipo doloso. Pero el tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad sino porque en la forma en que se obtiene esa finalidad se viola un deber de cuidado.

También en este caso, se tiene que distinguir las formas de culpa que existe y es el caso que un tipo penal no puede contener todas las formas, sino que debe derivarse de una o dos, pero no necesariamente todas y estas son: la imprudencia que no es más que afrontar un riesgo de manera innecesaria pudiendo evitarse. Se encuentra también la negligencia, que implica una falta de actividad que produce daño, es decir, no hacer. La impericia, se presenta en aquellas actividades que para su desarrollo exigen conocimientos técnicos especiales. En algunas legislaciones, no en el caso de Guatemala, también, se consideran parte de la culpa, la inobservancia de Reglamentos, lo cual implica dos cosas: conociendo las normas éstas sean vulneradas

implicando **Imprudencia**; o se desconozcan los reglamentos debiendo conocerse por obligación implicando **Negligencia**.



1.2.8. Causas de tipicidad

Las causas de atipicidad se dan en los supuestos en los que concurren unas determinadas circunstancias que suponen la exclusión de la tipicidad de la conducta, negando con ello su inclusión dentro del tipo penal.

Atipicidad objetiva: Se da cuando en los elementos objetivos del tipo uno de ellos no encuadra en la conducta típica o simplemente no se da. Se dice que existe ausencia del tipo cuando en la ley no se encuentra plasmada o regulada alguna prohibición de alguna conducta, acorde al principio de legalidad penal. Por ejemplo, la blasfemia no está tipificada como delito en la mayoría de los países. Aunque para muchos pueda ser una actitud reprochable, está no será castigada por la ley o el Estado, ya que no es una conducta recogida y penada en el Código penal.

Error de tipo: Es el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo. Es la falla de la conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o ignorancia. Es el desconocimiento de las circunstancias objetivas del tipo.

El error de tipo tiene como efecto principal eliminar el dolo. Si el dolo es la voluntad de realizar el tipo objetivo con conocimiento de todos y cada uno de sus elementos, evidentemente el error que recae sobre el conocimiento de alguno de los componentes objetivos, eliminará el dolo en todos los casos.



1.2.9. Caso fortuito

Un tema interesante que a consideración de quien escribe no ha sido abordado como debiera es el caso fortuito y cómo puede interpretarse conforme el Código Penal guatemalteco. Éste supone la inexistencia del tipo doloso o del tipo imprudente debido al carácter de imprevisibilidad de la situación típica. El caso fortuito puede suponer también una causa de justificación, cuando supone una exclusión de antijuridicidad por no existir desvalor alguno de la acción, de tal suerte que en su interpretación puede ofrecer dificultades judiciales.

1.2.10. La culpabilidad

Bajo la categoría de la culpabilidad, como tercer elemento del concepto de delito, se agrupan aquellas cuestiones relacionadas con las circunstancias específicas que concurrieron en la persona del autor en el momento de la comisión del hecho ya calificado como típico y antijurídico. Se trata del elemento del delito en el que la persona del autor se relaciona dialécticamente con el detentador del ius puniendi (Estado)⁹-.

A partir de Frank, “es común definir la culpabilidad como la reprochabilidad de un acto típico y antijurídico, fundada en que su autor, en la situación concreta, lo ejecutó pudiendo haberse conducido de una manera distinta, es decir, conforme a Derecho”¹⁰. Algunos códigos penales, cómo el de Paraguay de 1998 llegaba a hacer desaparecer

⁹ De la Cuesta Aguado. **Culpabilidad, exigibilidad y razones para la exculpación**. Pág. 533

¹⁰ **Ibíd.** Pág. 354



el término **culpabilidad** que era sustituido por el de reprochabilidad. Sin embargo, la doctrina española pone de manifiesto como el término reprochabilidad se asocia al reconocimiento de la existencia del libre albedrío, algo imposible de probar en el caso concreto, por lo que desde teorías preventivas de la pena se propugna su sustitución por la idea de motivabilidad o de exigibilidad.

1.2.11. La punibilidad

La punibilidad sencillamente se puede traducir en la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole una norma.

La condición objetiva: la condicionalidad objetiva está constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que pueda perseguirse el delito. Algunos autores dicen que son requisitos de procedibilidad y para otros son simples circunstancias o hechos adicionales, exigibles. Para otros constituyen un auténtico elemento del delito.

La ausencia de punibilidad o excusas absolutorias: las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad.

En la legislación penal guatemalteca, deben darse todos los elementos positivos del delito para que éste pueda ser penado o sancionado; sin embargo, también, debe considerarse que pueden suscitarse todos a excepción del último, derivado de excusas absolutorias, como por ejemplo, la legislación señala que no puede ser culpable la



esposa que le roba al esposo y otros casos más en que precisamente se da una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable; pero por disposición legal expresa, no es punible.

2.2.12. La imputabilidad

Es el presupuesto de la culpa en ser capaz de comprender, ya sea, la ilicitud de la conducta, su acto reprochable, así como de reconocer la posibilidad de actuar de otra manera distinta que no provoque un resultado dañoso. Un imputable es capaz de comprender el elemento de reproche que forma parte de todo juicio penal y por lo tanto, si se le hallare culpable, se haría acreedor a una pena; si no lo puede comprender, será un inimputable, no le será reprochada su conducta y el juez lo someterá a una medida de seguridad. Esto es lo que el Código Penal señala a los que sufren trastornos mentales transitorios o bien los menores de edad.

La conciencia de antijuridicidad

Para que exista culpabilidad es necesario que el sujeto tenga conciencia y conocimiento de la antijuridicidad del hecho; basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido y es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia.



El error de prohibición

Déficit cognitivo del autor de una conducta típica en relación a la antijuridicidad de la conducta. Dependiendo de su carácter de **vencible** o **invencible** se determina la ausencia o no de culpabilidad.¹¹

La exigibilidad

Se ha establecido en los códigos penales en su mayoría, el hecho de que el Estado no puede exigir al ciudadano un comportamiento heroico. Surge así la posibilidad de excluir la imposición de la pena por la existencia de circunstancias que sitúen al autor del delito en una situación según la cual adecuar su comportamiento a las exigencias normativas hubiera supuesto una exigencia intolerable para el hombre común. El juicio de exigibilidad entonces se realiza mediante la comparación de las características personales o circunstanciales del destinatario de la normas y de un modelo idealizado construido mediante la generalización. Cuando de esta comparación se deduzca que al sujeto no le era exigible actuar conforme al mandato normativo, su conducta típica y antijurídica no merecerá reproche penal y como consecuencia, no se podrá afirmar la existencia de un delito por ausencia de culpabilidad.

La mayoría de la doctrina configura dentro de la categoría de la culpabilidad, la exigibilidad de otra conducta en sentido negativo, como **causas de no exigibilidad**. Recientemente se propugna desde una perspectiva dialéctica y democrática de la culpabilidad, en España, la consideración de la exigibilidad entendida como posibilidad de reclamar e imponer por parte del ius puniendi un comportamiento acorde con la

¹¹Ibíd. Pág. 345



norma jurídico-penal como el auténtico fundamento material de la culpabilidad. Cuando por razones excepcionales ajenas a su persona el sujeto destinatario de la norma no pudiera adecuar su comportamiento al mandato normativo, surgirían las causas de disculpa o exculpación basadas en la inexigibilidad de otra conducta. Como causa de inexigibilidad se suelen enumerar el miedo insuperable o el estado de necesidad disculpante (aquél en el que el mal causado es igual que el que se trata de evitar o aquél en el que no se puede determinar cuál de los dos males es mayor).

También, aunque escasamente admitido por la jurisprudencia, se incluyen como supuestos de no exigibilidad el hurto o el robo famélico.¹²

Los diversos códigos penales admiten estos supuestos con diversos enunciados, pero si el juicio de exigibilidad es un juicio que debe realizar el juez y podrían surgir otros supuestos, distintos a los tradicionalmente reconocidos, que deberían admitirse como causa de exculpación, aunque la mayoría podría ser considerados como supuestos de estado de necesidad. Pero en este caso, se cae en un acto discrecional de los jueces, que pueden ser en determinado momento perjudiciales para los procesados.

¹² **Ibíd. Pág.** Pág. 345



CAPÍTULO II

2. La Convención Interamericana contra la Corrupción y la realidad Guatemalteca

2.1. Análisis de la Convención

La Convención Interamericana contra la Corrupción, responde entre otras cosas a las exigencias que se habían impuesto a los Estados parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, siendo el primero, un instrumento de carácter regional y más específico. Guatemala, es un Estado parte y derivado de ello, han surgido en el Congreso de la República, una serie de iniciativas de ley propuestas por diversos diputados que se describirán más adelante y que responden precisamente a los preceptos contenidos en estas convenciones y fundamentalmente a los últimos acontecimientos en que se han visto envueltos funcionarios y empleados públicos referidos a actos de corrupción y que campean en la impunidad; precisamente, porque no se señala en el Código Penal un ilícito que responda a los elementos de la figura tipo, como sucede en el caso del **enriquecimiento ilícito**.

La Convención Interamericana contra la Corrupción consta de 28 Artículos, además de un preámbulo. Tales Artículos no se encuentran divididos en títulos, capítulos o secciones por lo que cualquier clasificación de sus normas no tiene su origen en su texto. Sin embargo, es fácil percibir dentro de la Convención la existencia de normas de diferente naturaleza. Así, algunas de sus normas tienen un carácter obligatorio para todos los Estados partes. Es el caso de los Artículos que definen ciertos términos (Artículo I); establecen los propósitos de la Convención (Artículo II); precisan su ámbito y jurisdicción (Artículos IV y V); determinan los efectos sobre el patrimonio del Estado (Artículo XII) o la naturaleza del acto de corrupción (Artículo XVII).

En cuanto a los delitos o actos de corrupción, la Convención buscó una solución imaginativa que permitiera distinguir entre la situación de los Estados que hubiesen



tipificado dichos delitos o actos y los que no lo han hecho. Respecto de ciertos actos de corrupción -los establecidos en el Artículo VI- las normas de la Convención son obligatorias para todos los Estados; en cambio, otros actos como el soborno transnacional (Artículo VIII), el enriquecimiento ilícito (Artículo IX) u otros que todavía no se encuentran tipificados en las legislaciones de todos los Estados, como los que se contienen en el Artículo XI sobre desarrollo progresivo, son sólo obligatorios para aquellos Estados que hayan tipificado esos actos de corrupción como delitos en sus correspondientes legislaciones penales.

Para los Estados que no han tipificado en sus legislaciones tales actos, existe tan sólo la obligación de **adoptar las medidas necesarias** para tipificarlos como delitos en su derecho interno -obligación que reitera el Artículo VII- sin perjuicio de que esos Estados se encuentren obligados, a brindar la asistencia y cooperación prevista en la Convención, **en la medida que sus leyes lo permitan**. Corolario de que uno de los propósitos de la Convención es de orden interno, en el Artículo III, como una cláusula programática, se establecen las **medidas preventivas**, que los Estados **convienen en considerar, dentro de sus propios sistemas institucionales**.

2.2. Propósitos de la Convención

De acuerdo al Artículo II de la Convención, ésta tiene dos propósitos fundamentales. El primero de ellos dice, relación con las acciones internas que cada Estado puede adoptar para promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. Se trata de mecanismos eminentemente facultativos y que no están sujetos, en consecuencia, a un control o supervigilancia internacional. El segundo objetivo de la Convención es de naturaleza internacional y se refiere a las acciones tendientes a promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados parte a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de



corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Cada uno de estos dos propósitos es desarrollado posteriormente por diversas disposiciones de la Convención.

Así, esta convención tiene como objetivos los señalados en el Artículo 1 que indica:

1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados parte de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y
2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados parte a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

2.3. Las medidas preventivas que se regulan en la Convención

En el Artículo III, la Convención ha incorporado un conjunto de **medidas preventivas, a los fines expuestos en el Artículo II de la Convención**. En general, las doce medidas que se incluyen en este artículo tienen un carácter más programático que vinculante para los Estados, toda vez que el compromiso que adquieren los Estados Partes mediante esta disposición es meramente el de **considerar su aplicabilidad dentro de sus propios sistemas institucionales**.

Estas medidas preventivas que los Estados pueden crear, mantener o fortalecer comprenden, según dispone el Artículo III, las normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas, las que deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y a asegurar la preservación y el uso



adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Las instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus responsabilidades; los sistemas para la declaración de ingresos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas y para la contratación de los funcionarios públicos, así como para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado, que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas; las leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad, que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra los Estados parte; las medidas que impiden el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros y los mecanismos para estimular la participación civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

También, dentro de estas medidas se incluye el estudio de la relación entre la remuneración equitativa y la probidad en el servicio público. Asimismo, dentro de estas medidas, el Artículo III, incluye crear, mantener o fortalecer sistemas para proteger a los funcionarios públicos y a los ciudadanos que denuncian actos de corrupción.

Las medidas preventivas que se contienen en este Artículo, han servido de fundamento, junto a otras, para la adopción por el XXVII período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), del Programa Interamericano de Cooperación para Combatir la Corrupción.

2.4. Ámbito y jurisdicción de la Convención

Conforme al Artículo IV, la Convención debe aplicarse **siempre que el presunto acto de corrupción se haya cometido o produzca sus efectos en un Estado Parte.**

Sin dudas, la Convención se aplica cuando un acto de corrupción se comete dentro del territorio de un Estado; pero, como ella no precisa el alcance del término **efectos**, los órganos administrativos o judiciales llamados a aplicarla o interpretarla, deberán,



en cada caso, determinar cuándo un acto de corrupción que ha sido cometido en el extranjero produce efectos en el Estado parte.

En materia de jurisdicción, el Artículo V de la Convención, adopta una concepción muy amplia. El párrafo primero de ese Artículo exige a los Estados parte que adopten las medidas necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que han sido tipificados de acuerdo a la Convención, cuando estos se cometan en su territorio o como dispone el párrafo tercero, cuando el presunto delincuente encontrándose en su territorio, el Estado no lo extradite a otro país por motivo de su nacionalidad. Por su parte, el párrafo segundo faculta a los Estados a ejercer su jurisdicción en el caso de que el delito haya sido cometido por uno de sus nacionales o una persona que tenga su residencia habitual en él.

El párrafo cuarto del Artículo V, no excluye la aplicación de cualquier regla de jurisdicción penal establecida por una parte, en virtud de su legislación nacional.

2.5. La definición de actos de corrupción de la Convención

El Artículo VI trata en el tema central de la Convención, cuál es la tipificación de las conductas que constituyen delitos o actos de corrupción. Desde los primeros proyectos –el de Venezuela, el del Presidente del Grupo de Trabajo y el del Comité Jurídico Interamericano– se optó por no formular una definición abstracta o genérica sino en describir y tipificar lo que esos proyectos iniciales denominaron **delitos** y que posteriormente la Convención llamó **actos de corrupción**. Sin dudas, este Artículo constituye la principal disposición de la Convención, lo que explica los prolongados y arduos esfuerzos que se realizaron durante la Reunión de Expertos del Grupo de Trabajo para dotarlo de la mayor precisión posible y conferirle un carácter obligatorio para todos los Estados parte.



En los incisos a) y b) del párrafo I del Artículo VI se describen como **actos de corrupción**, aquellos cometidos tanto por el funcionario público o la persona que **ejerce** las funciones públicas que requieran o acepten, como a quienes ofrezcan u otorguen, directa o indirectamente a ese funcionario público o persona que ejerza funciones públicas **cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas, o ventajas**. En ambas situaciones, tanto el requerimiento o solicitud como el ofrecimiento u otorgamiento deben ser hechas **a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas**.

La expresión **a cambio de**, que se emplea en este Artículo, introduce el problema del elemento de prueba, de que el acto de corrupción deba ser el resultado del requerimiento u ofrecimiento de un beneficio al funcionario público o a la persona que ejerce funciones públicas. En todo caso, dada la amplitud con que ha sido concebido este Artículo, el inciso c) incluye entre los actos de corrupción el acto u omisión por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones **con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismos o un tercero**. El inciso d) del párrafo I de este Artículo incluye como acto de corrupción el **aprovechamiento doloso o el ocultamiento de bienes provenientes de cualquiera de los actos a que se refiere este Artículo**, contemplándose de esa manera como un delito tipificado por la Convención el lavado del dinero proveniente de la corrupción.

Con el fin de conferir la mayor amplitud a la Convención, el inciso e) comprende como acto de corrupción, no sólo la participación como autor sino también, a las calidades de coautor, instigador cómplice, encubridor o cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos tipificados como de corrupción por la Convención.

Por último, el párrafo II del Artículo VI amplía la aplicación de la Convención al mutuo acuerdo que pueda haber entre dos o más Estados parte, **en relación con**



cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella. No obstante, la amplitud de los términos contenidos en esta disposición, el criterio que predominó durante todas las negociaciones, fue el incluir en este Artículo únicamente aquellos, delitos que ya se encontraban tipificados en las respectivas legislaciones penales. Con respecto a otros delitos o actos de corrupción que no se encontrasen en esa situación -como, por ejemplo, **los delitos de soborno transnacional o de enriquecimiento ilícito o de aprovechamiento indebido de informaciones reservadas o privilegiadas**- se buscó una solución que permitiera incluir esas figuras delictivas bajo otras disposiciones de la Convención, otorgándoles el carácter de acto de corrupción sólo si hubiesen sido tipificados previamente en la correspondiente legislación nacional

Concretamente, los actos de corrupción son los siguientes:

a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus



funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

2.6. La realidad guatemalteca

En Guatemala, la función pública es reconocida popularmente como la oportunidad que tienen las personas cuando han trabajado las campañas en los partidos políticos que aspiran el poder y llegan al mismo. Lo lamentable es que la función pública no es considerada como un privilegio de las personas de servir a la sociedad, sino se ve como una gran oportunidad de hacer dinero durante un período corto que dura el gobierno de turno.

Existen un cúmulo de leyes administrativas, que regulan las formas en que los funcionarios y empleados públicos de determinada condición salarial deben cumplir con determinadas obligaciones, como hacer declaraciones de probidad, la presentación de los famosos finiquitos cuando entregan un cargo o bien cuando asumen otro cargo público.



Entonces, la normatividad consagra la obligación para los funcionarios y empleados públicos de declarar sus activos y pasivos, pero con deficiencias, puesto que no existe la obligación de especificar si en la declaración se deben incluir también los ingresos, por lo cual solamente los bienes y las deudas deben declararse, ante la Contraloría General de Cuentas y esto es supervisado también por las propias instituciones en donde prestan sus servicios estos funcionarios o empleados públicos.

Las personas obligadas a declarar son los empleados de los organismos del Estado, municipalidades, instituciones autónomas, descentralizadas o de otra naturaleza, que dependan, sean subvencionados o reciban aportes del Estado, cualquiera sea el monto de su sueldo y que por razón de su cargo manejen o administren bienes, fondos o valores. Se excluyen entonces los particulares que desempeñen funciones públicas, como por ejemplo quienes presten servicios por contrato de prestación de servicios y los empleados públicos que no manejen ni administren bienes, fondos o valores.

Se consagran dos oportunidades para presentar la declaración: dentro de los 30 días siguientes a la fecha de toma de posesión del cargo o empleo, con la posibilidad de ampliarla y actualizarla en el mes de enero de cada año, cuando se presenten circunstancias particulares definidas en la ley y cuando cese el ejercicio de su cargo, dentro de los quince días siguientes, sobre la adquisición de bienes y deudas que contraigan su cónyuge e hijos o menores quienes estuvieren bajo su patria potestad.

Por otra parte, el órgano encargado de recibir e investigar todas las declaraciones que presenten los empleados es la Contraloría de Cuentas, que se encuentra facultada para pedir la información necesaria para comprobar que las declaraciones son plenamente verídicas, con obligación de denunciar cuando encuentren anomalías



en la administración de fondos públicos o bien cuando las anomalías las evidencian en las propias declaraciones de los funcionarios o empleados públicos individualmente considerados.

De acuerdo a lo anterior, cabe señalar que una de las razones por las cuales se ha encontrado deficiencia en las leyes administrativas que controlan la probidad y la responsabilidad de los funcionarios o empleados públicos, cuando estos ostentan cargos, es que evita que otras instancias o funcionarios que están en contacto directo con el funcionario o empleado, puedan diariamente verificar y constatar el aumento significativo y sin justificación de los haberes de tal persona.

Se advierte que la declaración juramentada no incluye a los contratistas que tienen relaciones de servicio permanente con la administración pública, lo cual constituye igualmente una fuente de corrupción en la Administración Pública. Adicionalmente, la Ley no identifica ingresos sino solamente bienes y deudas, lo cual impide detectar los factores de enriquecimiento ilícito y la posibilidad de verificar la información concerniente al incremento patrimonial del funcionario.

Adicionalmente como se verá más adelante, el Código Penal regula una serie de conductas prohibidas que pueden cometer los funcionarios o empleados públicos, pero para que llegue a estas instancias, se tiene que pasar por una serie de tropiezos y obstáculos que las mismas leyes imponen y que aunado a los compadrazgos, amistades y todo el manejo político de la situación, en que también, lamentablemente se ven involucrados los jueces y magistrados, precisamente, por la forma en que estos son electos, principalmente los magistrados, es que la justicia no llega a sancionar efectivamente los actos de corrupción que cometen los funcionarios o empleados públicos y que precisamente aunado a la falta de una legislación adecuada, son el



aliciente de cualquier persona que aspira llegar a un cargo público, pero no a servir a la sociedad, sino a servirse de la misma.

De conformidad con publicaciones de prensa, la necesidad de incluir el delito de enriquecimiento ilícito es imprescindible de conformidad con los últimos acontecimientos que ha sufrido la sociedad guatemalteca, la forma en que los funcionarios y empleados públicos se aprovechan de los fondos del Estado y la impunidad en que estos se encuentran. **Los artículos IX (9) de la Convención Interamericana contra la Corrupción y 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**, ambas aprobadas y ratificadas por el Estado de Guatemala, disponen que éste deberá crear el delito de enriquecimiento ilícito, por medio del cual se sancione el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos existe en casi todas las legislaciones del mundo civilizado. Su objetivo es impedir que los funcionarios públicos, a base de sobornos, comisiones derivadas del tráfico de influencias y exacciones ilegales, se enriquezcan en el ejercicio de sus cargos. **En la ley penal guatemalteca existía este delito, pero fue suprimido durante el Gobierno de Álvaro Arzú (1996-2000), con el voto favorable de los diputados que conformaban la aplanadora amarilla (del Partido de Avanzada Nacional), equivalente a las aplanadoras verde de la Democracia Cristiana Guatemalteca (1986-91) y azul del Frente Republicano Guatemalteco (2000-4).**

Desde que se suprimió el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos se alentó aún más la corrupción y la opacidad a todo nivel. No se olvidan la venta de los activos del Estado y la instalación del sistema paralelo de gasto público, alimentado por los fideicomisos, los fondos sociales, las transferencias de recursos

públicos a ONG nacionales e internacionales, etcétera, que ha redundado en una hemorragia de fondos públicos que todos los días se malgastan.



El motor del sistema paralelo de gasto público es la Secretaría de Coordinación Ejecutiva de la Presidencia (SCEP), creada también durante el Gobierno de Arzú con categoría de ministerio. La SCEP ejecuta su presupuesto discrecionalmente y sin ningún tipo de control. A ella está adscrito el Programa de Apoyo Comunitario Urbano y Rural (PACUR), a través del cual se repartió la obra pública con fines eminentemente clientelares.

La SCEP también alimenta financieramente todo el sistema de Consejos Comunitarios de Desarrollo (Cocodes), que sirven exclusivamente para fines político-electorales.¹³

¹³ El Periódico, *Opinión, el enriquecimiento ilícito*. 6 de septiembre 2007. Pág. 3

CAPÍTULO III



3. Análisis del código penal desde la perspectiva de los actos de los de corrupción regulados en la Convención Interamericana contra la Corrupción

3.1. Aspectos considerativos

Como se ha venido analizando, existe en el ámbito internacional como un compromiso del Estado de Guatemala, la Convención Interamericana contra la Corrupción, que precisamente como se estableció, regula determinados actos de corrupción que los Estados como obligación tienen que imponer en sus propias legislaciones, para contribuir a evitar los actos de corrupción de que son objeto y que de alguna manera radican negativamente en la falta de transparencia, el mal manejo de los fondos públicos, que son muchos de ellos préstamos concedidos a la sociedad guatemalteca, para proyectos de beneficio social, pero estos nunca llegan, porque se quedan en los bolsillos de algunos funcionarios o empleados públicos, a sabiendas de que no pueden ser perseguidos penalmente.

Por otro lado, se hace necesario considerar una serie de aspectos propios de la ciencia penal moderna, para tipificar estas conductas establecidas en la Convención y en el Código Penal guatemalteco, o bien crear nuevos cuerpos normativos que se refieran a esto.

Para su regulación, se deberá tomar en cuenta una serie de principios que inspiran el Derecho Penal Moderno, sobre los cuales deberá considerarse la imposición de este delito siendo los siguientes:



3.2. Principio de retributividad:

Indica que no puede haber pena sin crimen, es decir nullum crimen nulla poena. El anterior principio tiene su fundamento en los artículos 5 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al indicar: Artículo 5. Libertad de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe, no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma. Artículo 17. No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. No hay prisión por deuda.

3.3. Principio de legalidad:

Al igual que el anterior principio, éste se centra en el principio de nullum crimen nulla poena sine lege, que quiere decir, que no existe delito ni pena sino existe ley anterior. En un Estado de Derecho, el principio de legalidad resulta fundamental, puesto que la única fuente del Derecho Penal es la ley. Radica en el hecho de legitimar al Derecho Penal, al establecer en forma clara en la ley, qué infracciones constituyen delitos y cuáles constituyen falta y a la vez, señala las sanciones o medidas de seguridad que se aplicarán en cada caso de violación de una norma. El principio de legalidad, comprende las siguientes garantías:

- i. Garantía criminal, que requiere que el delito se encuentre determinado por la ley.
- ii. Garantía penal: cuyo requisito es que la ley establezca la pena en correspondencia al hecho.



- iii. Garantía judicial, la que exige que tanto la existencia de un delito como la imposición de la pena sean determinados por una sentencia judicial.
- iv. Garantía de ejecución, que implica que la pena ejecutada se debe hallar sujeta a una regulación legal. Su fundamento se encuentra en los Artículos 5, 12 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

3.4. Principio de necesidad:

Este principio indica que no puede haber ley sin que las necesidades sociales o coyunturales lo requieran y también es llamado principio de mínima intervención. Éste se fundamenta en el contenido del Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, respecto al principio de dignidad humana, el Artículo 2 que se refiere al principio de libre desarrollo de la personalidad, pues la persona tiene una autonomía moral, lo que significa la capacidad de distinguir del bien y el mal, es por consiguiente, un acto interno que no afecta a terceros, pues este principio se basa en eso mismo, en evitar o limitar el campo de acción o actuación en la vida de los ciudadanos del Estado, al restringir derechos fundamentales.

3.5. Principio de lesividad:

Este principio indica que no puede haber necesidad sin haber daño a tercero. Con este principio debe presumirse un resultado dañoso, lesión al bien jurídico tutelado y dentro de los requisitos para que exista se encuentran:

- 3.5.1.1. Bien jurídico tutelado
- 3.5.1.2. Que sea lesionado ese bien
- 3.5.1.3. Que afecte a terceros



Su fundamento se encuentra en los Artículos 1 y 2 de la Constitución Política de la República, que dicen: Artículo 1. Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común. Artículo 2. Deberes del Estado. **Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.**

En relación a la tutela de los bienes jurídicos, es requisito que:

- i. Exista el merecimiento de protección del Derecho Penal a un bien jurídico.
- ii. Que puedan haber algunos bienes jurídicos que no estén explicativamente contemplados dentro del Derecho Penal y que merezcan esa protección, que parte de la experiencia y de los avances en la sociedad y en la necesidad por el abuso de la creación de nuevas figuras delictivas.

3.6. Principio de materialidad o derecho penal del acto:

Se basa en que no puede haber daño a tercero sin acción. Para que exista es necesario que se den los siguientes supuestos:

- 3.6.1.1. Que el acto sea exterior y evitable, es decir, la exteriorización de la acción que se haya dado de manera inevitable.
- 3.6.1.2. Imputación objetiva, es decir, relación de causalidad.
- 3.6.1.3. La existencia de ilícitos penales denominados de comisión por omisión.



3.7. Principio de culpabilidad:

Este principio tiene su fundamento en la culpa. No puede haber culpabilidad sin acción y constituye en ese sentido una garantía para el procesado, en general, para cualquier persona que se encuentre sometida a un proceso penal, pues establece que una persona para ser declarada culpable, debe haber tenido capacidad para motivarse conforme a la norma y haber realizado el acto u omisión que se sanciona. Para ello es importante denotar que todos los tipos penales tienen dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo, el objetivo es la materialidad de la acción y el subjetivo debe basarse en la intencionalidad, si hubo dolo o culpa.

3.8. El código penal y las conductas ilícitas que cometen los funcionarios y empleados públicos

El Código Penal guatemalteco, regula una serie de conductas que atentan contra la administración pública, algunos funcionarios han sido sancionados por algunas de ellas y su gran mayoría no ha sido perseguida penalmente o bien han sido absueltos por falta de pruebas.

El Título XIII, capítulo II del Código Penal, señala los delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos siendo los siguientes:

Abuso de autoridad. 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.



Incumplimiento de deberes. Artículo 419. 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.

Desobediencia. Artículo 420. El funcionario o empleado público que se negare a dar el debido cumplimiento a sentencias, resoluciones u órdenes de autoridad superior dictada dentro de los límites de su respectiva competencia y revestida de las formalidades legales, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de doscientos a dos mil quetzales.

Denegación de auxilio. Artículo 421. 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.

Revelación de secretos. Artículo 422. 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 en secreto, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales.

Resoluciones violatorias a la Constitución. Artículo 423. El funcionario o empleado público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a disposiciones expresas de 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, será sancionado con prisión de uno a dos años y multa de doscientos a dos mil quetzales.

Detención irregular. Artículo 424. 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.

Abuso contra particulares. Artículo 425. 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.

Anticipación de funciones públicas. Artículo 426. 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.

Prolongación de funciones públicas. Artículo 427. Quien continuare ejerciendo empleo, cargo o comisión después que debiere cesar conforme a la ley o reglamento respectivo, será sancionado con multa de doscientos a un mil quetzales e inhabilitación especial de uno a dos años.

Restitución de emolumentos. Artículo 428. El funcionario o empleado responsable de cualquiera de los delitos previstos en los dos artículos que anteceden, que hubiere percibido derechos o emolumentos por razón de su cargo o empleo antes de poder desempeñarlo o después de haber debido cesar, quedará obligado a restituirlos, sin perjuicio del cumplimiento de la sanción señalada.

Abandono de cargo. Artículo 429. 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.



Abandono colectivo de funciones, cargos o empleos. Artículo 430. Funcionarios, empleados públicos, empleados o dependientes de empresa de servicio público, que abandonaren colectivamente su cargo, trabajo o servicio, serán sancionados con prisión de seis meses a dos años. Si el abandono produjere daño a la causa pública o se tratare de jefes, promotores u organizadores del abandono colectivo, se impondrá a los responsables el doble de la indicada pena.

Infracción de privilegio. Artículo 431. El funcionario o empleado público que detenga o procese a un funcionario que goce de antejuicio u otra prerrogativa, sin guardar las formalidades establecidas por la ley, será sancionado con multa de cincuenta a quinientos quetzales.

Nombramientos ilegales. Artículo 432. 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.

Usurpación de atribuciones. Artículo 433. El funcionario o empleado público que a sabiendas, se arrogare facultades que no correspondieren a su cargo, o se arrogare atribuciones que no le competen, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de doscientos a dos mil quetzales.

Violación de sellos. Artículo 434. El funcionario o empleado público que ordenare abrir, abriere o consintiere que otro abra papeles o documentos cerrados cuya custodia le estuviere confiada, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales.

Falsedad de despachos telegráficos, radiográficos o cablegráficos. Artículo 435. El funcionario o empleado del servicio de telégrafos que supusiere o falsificare un despacho telegráfico, será sancionado con prisión de uno a tres años. Igual sanción



se aplicará a los funcionarios o empleados de los servicios de radiogramas o cablegramas, que supusieren o falsificaren despachos correspondientes a sus respectivos servicios. Quien hiciere uso del despacho falso, con intención de lucro o ánimo de causar perjuicio a otro, será sancionado como si fuere el falsificador.

Allanamiento ilegal. Artículo 436. 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, será sancionado con prisión de uno a cuatro años.

Responsabilidad del funcionario. Artículo 437. El funcionario o ministro de culto, debidamente autorizado, que autorizare un matrimonio a sabiendas de la existencia de un impedimento que cause su nulidad absoluta, será sancionado con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial por el término que el tribunal fije, el que no podrá exceder de seis años. Si el funcionario o ministro de culto hubiere obrado culposamente, será sancionado solamente con multa de doscientos quetzales.

Inobservancia de formalidades. Artículo 438. 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, aunque no produzca nulidad, será sancionado con multa de doscientos a un mil quetzales.

Artículo 438 BIS. Los miembros de las Policías que operan en el país, que ingieran bebidas alcohólicas o fermentadas cuando vistan uniforme, porten las armas de su equipo, serán sancionados con prisión de uno a tres años e inhabilitación absoluta conforme a lo dispuesto en los incisos 2 y 3 del artículo 56 del Código Penal.

En el capítulo III, se señalan otros delitos como:

Cohecho pasivo. Artículo 439. El funcionario o empleado público que solicitare o recibiere, por sí o por persona intermedia, dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o



promesa por realizar un acto relativo al ejercicio de su cargo o empleo o por abstenerse de un acto que debiera practicar, será sancionado con prisión de dos a ocho años y multa de diez mil a cincuenta mil quetzales. Cuando el funcionario o empleado público obligare o indujere a la dádiva, presente, ofrecimiento o promesa, la pena se aumentará en una tercera parte.

Concurrencia con otro delito

Artículo 440. Cuando la dádiva o presente solicitados, recibidos, ofrecidos o prometidos, tuvieren por objeto la realización de un acto que constituya delito, la sanción señalada en el artículo que antecede se impondrá, sin perjuicio de lo relativo al concurso de delito.

Soborno de árbitros, peritos u otras personas con función pública

Artículo 441. Lo dispuesto en los dos artículos precedentes es aplicable a los árbitros, peritos o cualesquiera personas que desempeñaren, ocasional o permanentemente, una función o cargo públicos.

Cohecho activo. Artículo 442. Quienes, con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas intentaren cohechar o cohechasen a los funcionarios o empleados públicos, serán sancionados con las mismas penas que correspondiere a los sobornados.

Aceptación ilícita de regalo. Artículo 443. El funcionario o empleado público que aceptare dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas de personas que tuvieren algún asunto pendiente ante él, será sancionado con multa de cinco mil a veinticinco mil quetzales.

Inhabilitación especial. Artículo 444. Además de las sanciones señaladas en los artículos 439, 440 y 441, para los sobornados, se aplicará a éstos la pena accesoria de inhabilitación especial por doble tiempo de la pena privativa de libertad.



En el capítulo IV, se señalan los siguientes ilícitos:

De los delitos de peculado y malversación

Peculado. Artículo 445. El funcionario o empleado público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga dinero o efectos públicos que tenga a su cargo, por razón de sus funciones, será sancionado con prisión de tres a diez años y multa de quinientos a cinco mil quetzales. Igual sanción se aplicará al funcionario o empleado público que utilizare, en provecho propio, trabajo o servicios pagados con fondos públicos.

Peculado culposo. Artículo 446. El funcionario o empleado público que, por negligencia o falta de celo, diere ocasión a que se realizare, por otra persona, la sustracción de dinero o efectos públicos de que trata el artículo precedente, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.

Malversación. Artículo 447. El funcionario o empleado público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquélla a que estuvieren destinados, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales. La sanción señalada se aumentará al doble, si a consecuencia de la malversación resultare daño o entorpecimiento del servicio a que los caudales o efectos estuvieren consignados.

Incumplimiento de pago. Artículo 448. El funcionario o empleado público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario u ordenado por autoridad competente, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales. Igual sanción se impondrá al funcionario o empleado público que, legalmente requerido, rehusare hacer entrega de dinero o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración.

En el capítulo V, los siguientes:



De las negociaciones ilícitas.

Concusión. Artículo 449. Cometén el delito de concusión:

1o. El funcionario o empleado público que, directa o indirectamente o por actos simulados, se interesare en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo. Esta disposición es aplicable a los árbitros, peritos, contadores, tutores, albaceas y síndicos, con respecto a las funciones que como tales desempeñen. 2o. El funcionario o empleado público que, con propósito de lucro, interponga su influencia para obtener una resolución de cualquier autoridad, o dictamen que debe pronunciarse ante la misma. Los responsables serán sancionados con prisión de dos a seis años y multa de cinco mil a veinticinco mil quetzales.

Fraude. Artículo 450. El funcionario o empleado público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contratos, ajustes o liquidaciones de efectos de haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, será sancionado con prisión de uno a cuatro años.

Exacciones ilegales. Artículo 451. El funcionario o empleado público que exigiere contribución, impuesto, tasa o arbitrio ilegales o mayores de los que correspondan, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de cincuenta a trescientos quetzales. Si el funcionario o empleado público convirtiere en provecho propio o de tercero el producto de las exacciones expresadas en el párrafo que precede, las sanciones señaladas se aumentarán al doble.

Cobro indebido. Artículo 452. El funcionario o empleado público que autorice recibos o comprobantes ficticios o quien los cobrare, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de trescientos a tres mil quetzales.



3.9. Respecto al bien jurídico tutelado en los delitos relacionados con **actos de corrupción**

En primer lugar, debe indicarse que el Artículo I, referido a definiciones, contenido en la Convención define dos importantes términos para la aplicación práctica de la Convención y, posteriormente, de la interpretación de los Actos de Corrupción que se establecen en el Artículo VI, se trata de las definiciones de **funcionario público** y de **función pública**:

Función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

Funcionario público, Oficial Gubernamental o Servidor público, 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 está incluyendo, de esta forma, una definición de funcionario público que se refiere directamente al empleado del Estado que tiene competencias públicas y que presta servicios a la Administración Pública a su nombre o por cuenta de ésta. Esta actividad del funcionario público se manifiesta, especialmente, por medio de actos administrativos válidos y eficaces. De esta manera se equiparan, para efectos de la Convención, los conceptos de **funcionario público**, de **empleado público**, **servidor público**, **encargado de servicio público** y otros similares que aluden directamente al ejercicio de estas competencias públicas.



La doctrina discute sobre este concepto de **funcionario público**, indicando que uno de sus aspectos sería más amplio, englobando en el concepto a todos los que participan de la calificación de órgano del Estado, incluso de aquellos sujetos que participan, por ejemplo, de un negocio jurídico, mientras que en un concepto más restringido se estaría indicando como **funcionario público** únicamente a aquel sujeto que desempeña una función para el Estado. Se trata entonces de personas que de manera concreta desempeñan las funciones de órgano del Estado, las cuales vienen definidas con un valor especial en la ley. Este concepto engloba, por supuesto, la idea de **servidor** y de **empleado** público.

Las leyes que regulan el funcionamiento de la Administración Pública no suelen hacer una distinción sustancial o material entre los conceptos de **funcionario público**, **servidor público** o **empleado público**, o incluso con el concepto de **encargado del servicio**. Se suele hacer hincapié en las normas, eso sí, acerca del elemento de la forma de la prestación de los servicios para la Administración como parte de la organización pública, así como a la investidura y la selección y también a la naturaleza de su función y competencias.

En materia penal se entiende por **funcionario público** aquél que por disposición de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas. Serán funcionarios de la administración pública aquellos que estén incorporados a ésta por una relación regulada por el derecho administrativo. Es por ello, que dentro de los elementos que debe comprender este tipo de ilícitos, está el que el sujeto activo del delito son precisamente los funcionarios públicos, o las personas que están al frente de una función pública.



Ahora bien, se hace imprescindible también, delimitar el bien o bienes jurídicos tutelados en este tipo de figuras, puesto que no debe olvidarse el principio de legalidad, que busca someter al legislador al compromiso de construir los tipos penales de manera que protejan bienes jurídicos específicos, claramente delimitables, lo que a su vez permite cumplir con dos funciones esenciales del bien jurídico como instrumento de tutela: por una parte, para servir de indicación precisa del objeto de protección, de tal manera que quede claro para el ciudadano qué es lo que el legislador ha decidido proteger y en qué consiste el ámbito de su libertad y, por otra parte, para establecer un punto de partida de interpretación que desarrolle la íntima vinculación entre la norma penal y el bien jurídico penalmente tutelado, de tal forma que pueda detectarse en el tipo penal mismo, no sólo el objeto de tutela sino también la extensión de la mencionada tutela. Esto convierte al bien jurídico en el fundamento, por excelencia, del ius puniendi o derecho de castigar del Estado.

Este planteamiento sobre el bien jurídico no es más que una derivación de los extremos de garantía y de limitación al poder penal, que pueden extraerse del principio de tipicidad y de ofensividad penal que forman parte del principio de legalidad criminal, consignado en la Constitución Política de Guatemala, específicamente en el Artículo 12.

La Constitución Política concede una especial atención al tema de los extremos del principio de tipicidad, en cuanto y en tanto compromiso legislativo con el principio de reserva legal del derecho penal y sobre la necesidad de que las leyes que expresen delitos y penas no sólo deben establecer dichas incriminaciones de manera previa, sino también de manera precisa, clara y delimitada, no sólo para alcanzar una legítima actividad represiva del Estado sino también para alcanzar la seguridad jurídica del ciudadano, dando informaciones al entorno social no sólo sobre el ámbito de lo

prohibido sino también sobre los contextos de libertad que determinan la actividad de los ciudadanos en el Estado de Derecho.



Los tipos penales destinados a tutelar la función pública han de cumplir también estos requisitos constitucionales, toda vez que han de construirse de tal forma que no conviertan al intérprete en legislador abriendo la posibilidad de definir que acciones son punibles y cuáles no. Esto último no sólo afectaría la seguridad jurídica sino también el principio de división de poderes, donde las funciones de legislar y juzgar han estado siempre separadas, con el fin de impedir el poder de la definición, de lo prohibido del juez, que siempre fue rechazado por la Ilustración y ha inspirado toda la tradición del principio de legalidad criminal.

El Artículo VI de la Convención también contempla como **acto de corrupción**, en su párrafo **c**, el hecho mismo de la realización por parte del funcionario público o de alguna persona que ejerza funciones públicas, de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones con el fin de obtener para sí o para otro un beneficio indebido. Esta acción no suele ser considerada directamente en las legislaciones penales vigentes, quizá, debido a que se considera que la acción de aceptar o recibir los beneficios para omitir o realizar actos propios de la función pública encomendada ya incluye la conducta misma que el párrafo **c** pretende punir. Sin embargo, es de considerar necesario contemplar expresamente esta posibilidad, ya que se trata del caso del funcionario que adrede realiza en forma distinta sus cometidos, con la esperanza de obtener beneficios ilícitos por su gestión.

El párrafo **d**, alude a la necesidad de incriminación de la conducta de aquél que oculta o se aprovecha dolosamente de los bienes provenientes que hayan sido ofrecidos al funcionario o solicitados por éste por la prestación del servicio público.



Como tal, es una conducta que bien puede completar las acciones preestablecidas en el Artículo VI de la Convención, por lo que la inteligencia del Artículo se orienta a la posible criminalización de otras personas, probablemente distintas del funcionario público, que bien pueden participar con éste en el aprovechamiento o en el ocultamiento de los bienes obtenidos mediante la actividad ilícita del funcionario público.

El párrafo e, incluye referencias a las formas de autoría y participación que deben ser consideradas por el legislador penal. En términos generales se entiende que no sólo el autor principal, por excelencia el funcionario público, es quien debe realizar la conducta, lo que implica necesariamente que las formas de participación como la complicidad y la instigación, deben ser consideradas en razón de este carácter. Igualmente, la coautoría lleva a discutir sobre las posibilidades de incluir dispositivos amplificadores del tipo, como la tentativa y la conspiración para abarcar otros autores y facilitadores de la conducta criminal del funcionario público, lo cual sería beneficioso para la legislación nacional, especialmente porque no se dejarían lagunas legales que puedan implicar para los jueces una interpretación errónea de la ley y por lo tanto, obedezca esa interpretación a una posible absolución por razones puramente formales.

3.10. Los actos de corrupción que regula la Convención Interamericana contra la Corrupción y el código penal guatemalteco

Tal como ya se ha señalado, la Convención específica determinados actos de corrupción, sin embargo, para efectos del análisis del presente trabajo, se señalará únicamente los que atañen al de **enriquecimiento ilícito**.



El Artículo VI de la Convención indica, a su vez, los **Actos de Corrupción** y establece algunas de las acciones o conductas que deberían incluirse en las incriminaciones jurídico-penales. Pareciera que el delito a establecerse en el Código Penal, para dar cumplimiento a esta Convención, se debe referir al delito denominado Actos de Corrupción, en donde puede englobarse todos los señalados por la propia convención.

Por ejemplo, en el párrafo a se hace referencia a la **recepción** de objetos de valor pecuniario o beneficios tales como dádivas, favores, promesas o ventajas. La realización de esta conducta no es simple, ya que no basta simplemente con la recepción de dichos objetos o beneficios sino que el funcionario público debe supeditar a este hecho la realización u omisión de actos propios de su cargo. Lo cual no implica que se desestime que no se refiere a un acto de corrupción propiamente dicho.

En el párrafo **b**, la Convención alude a la acción de quien ofrece al funcionario público los objetos de valor o los beneficios, dádivas, favores, promesas o ventajas mencionados en el párrafo a. Estas dos conductas suelen ser contempladas en los Códigos Penales dentro de la sección dedicada a los Delitos contra la Función Pública o también contra la **Administración Pública**, es decir, se trata de acciones que atentan contra el correcto ejercicio de la potestad pública. En qué consiste este **correcto ejercicio**, es un concepto normativo que es objeto de discusión doctrinal, ya que en esencia se trata de un bien jurídico de carácter funcional; es decir, de una tutela de un ente o relación de convivencia que consiste en una función, la cual, en estos casos, está referida al ejercicio de potestades legales concedidas a los funcionarios públicos. No se trata de cualquier función, sino de aquella que está referida directamente a la realización de los fines de la Administración Pública, fines que están definidos en la ley. Es una función directamente vinculada al servicio de los

administrados y por ello su protección, implica una tutela de una de las condiciones fundamentales para la vida en sociedad.



El legislador ha concedido esta tutela, a no dudarlo, considerando que una adecuada e idónea atención del servicio público depende de un correcto ejercicio de las competencias concedidas a los funcionarios públicos. No obstante, no basta con el correcto ejercicio de las competencias públicas, sino del respeto a la legalidad y a la igualdad en la prestación de todos los servicios, los cuales van desde sencillas labores de tramitación de solicitudes hasta complejas negociaciones y contrataciones en el ámbito público.

Está claro que el ejercicio de estas funciones públicas entraña graves peligros para la vida social, especialmente, cuando los funcionarios supeditan la prestación de los servicios a la entrega de beneficios materiales o a la promesa de contraprestaciones, lo que convertiría todo el ejercicio público en una herramienta de desigualdad y de corrupción. Esto conduce a afirmar que en la idea política criminal tradicional está en primer plano el combate de la corrupción y en segundo lugar una específica tutela de la función pública. Es importante decir esto, ya que política y criminalmente hablando la tendencia de tutela en este grupo de delitos se ubica, en primer lugar, en el objetivo de brindar a la colectividad la garantía de que el correcto cumplimiento de los deberes y funciones públicas implicará, en términos generales, una garantía consecuente de la correcta solución de los conflictos sociales o de la efectivización de los intereses sociales.

Otro ejemplo, podría señalarse en el caso de los actos de corrupción, que el Código Penal guatemalteco, tiene plenamente señalados con nombres distintos, en el caso por ejemplo, de los delitos de cohecho, la intención del legislador se orienta a



mantener la racionalidad e imparcialidad del ejercicio de la función administrativa. En esta materia hay un evidente interés del legislador por alcanzar alguna garantía, por vía punitiva, de la honradez del funcionario público, por ello el bien jurídico que se tutela es precisamente la Función Pública y no las cualidades propias del funcionario público, por lo que el delito se puede cometer aun en el caso de que sea realizado por un funcionario que ya es corrupto. Esto último es importante, ya que la tutela penal resulta mucho más abarcadora que si se hubiera concentrado a la tutela de las cualidades personales del funcionario público, como pudiera derivarse por ejemplo del enfoque que se pretende en la Convención con el delito de enriquecimiento ilícito.

Cuando un ciudadano realiza la actividad de entregar un bien o realiza una promesa de remuneración, ventaja o beneficio para que el funcionario público omita o realice un acto propio de sus funciones, estará lesionando también el bien jurídico funcional al que se ha hecho referencia. Esta situación práctica sugiere también que el legislador ha considerado que el ciudadano también comparte la responsabilidad de garantizar un correcto ejercicio de la función pública. Por esta última razón se habla de dos conductas: de un **cohecho pasivo** (que es el del funcionario público) y de un **cohecho activo** (que es el cometido por el ciudadano), circunstancia distinta sucede en el caso del enriquecimiento ilícito, que es una conducta reprochable únicamente al sujeto activo, como lo es el funcionario público.

3.11. Lo que sucede con el enriquecimiento ilícito como acto de corrupción contenido en la Convención y el peculado contenido en el código penal Guatemalteco

Luego del análisis de algunos ilícitos contenidos en el Código Penal, que pudieran tener relación con el delito de enriquecimiento ilícito regulado en la Convención como acto de corrupción, debe considerarse lo siguiente:



El Peculado como delito **es la apropiación de dinero o de efectos públicos, pertenecientes a la administración pública, cometida por un funcionario público o por el encargado de un servicio público, que por razón de su cargo están en posesión de esos bienes. El objeto jurídico de esta acriminación no es tanto la defensa de los bienes patrimoniales de la administración pública, como el interés del Estado, por la probidad y fidelidad del funcionamiento público**¹⁴

Carrara en cuanto a este delito, “se refería a que éste se encuentra establecido dentro de los delitos contra la fe pública. Decía que el perjuicio propio del peculado (o de malversación, más que material, es moral y político, pues se concreta en la ofensa al deber de fidelidad del funcionario para con la administración pública. De aquí resulta que este delito es ontológicamente perfecto, aunque no cause ninguna lesión patrimonial a la administración pública, como en el caso de que ésta sea cubierta por la fianza prestada por el funcionario.”¹⁵

Manzini, “al referirse a este delito, se refiere que implícitamente el provecho entra a formar parte del mismo, como elemento esencial, provecho es cualquier ventaja material o moral, patrimonial o no patrimonial. Se resuelve en alguna ventaja personal del que comete peculado, aunque no corresponda a ningún daño material de la administración. La ley proclama la intangibilidad del patrimonio público, haciendo abstracción del detrimento efectivo que la administración sufre, y por eso castiga el peculado aun en el caso de la administración pública que se indemnice, y pueda rehacerse con la fianza del empleado. El objeto material es el dinero o efectos públicos pertenecientes a la administración pública.”¹⁶

Dinero es en general, la moneda y todo lo que a ella se equipara.¹⁷

¹⁴ Monzón Paz, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco**. Parte especial. Pág. 653

¹⁵ Carrara, **Programa de derecho penal**. Pág. 53

¹⁶ Manzini. **Derecho penal italiano**. Tomo I Delitos contra las Personas Pág. 563

¹⁷ Diccionario Enciclopédico Espasa Calpe. Pág. 255



En cuanto al delito de Enriquecimiento ilícito, tal como preceptúa la Convención Interamericana contra la corrupción debe considerarse lo siguiente: **Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados parte que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.**

Entre aquellos Estados Parte que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Este delito se refiere al **incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.**

Como puede apreciarse, lo que la Convención sanciona es el **enriquecimiento significativamente excesivo** para los medios legítimos de un funcionario público y que no pueda ser razonablemente justificado por éste. Tal concepto para que pueda tener aplicación supone dentro del Estado un mecanismo que permita el conocimiento de los bienes que tenía el funcionario público antes de asumir sus funciones, como podría ser la obligación que tenga dicho funcionario de presentar una declaración jurada de sus bienes al momento de asumir sus funciones o que anualmente tenga que



efectuar esa declaración de bienes, para efectos tributarios. Sin ese conocimiento previo, en la práctica, resultará muy difícil la prueba de que efectivamente ha habido un enriquecimiento ilícito.

Actualmente, no todos los Estados que suscribieron la Convención tienen incorporadas a sus respectivos ordenamientos jurídicos penales la figura delictiva del enriquecimiento ilícito. Al hacer un análisis de las distintas legislaciones, se ha podido determinar que varios países como Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Perú y Venezuela, si han penalizado el enriquecimiento ilícito.

Parece difícil que los Estados del **Common Law** puedan llegar a establecer en sus ordenamientos jurídicos ese delito, al que podrían considerar contrario al principio de presunción de inocencia, toda vez que este delito supondría una inversión de la carga de la prueba, ya que el enriquecimiento ilícito como indicio de un delito debería ser probado por la autoridad competente y no ser el funcionario público quien, para efectos diferentes a los tributarios, tenga que previamente justificar el incremento de su patrimonio. La existencia de estas dos situaciones diferentes ha significado que la Convención haya optado por conferirle al enriquecimiento ilícito el mismo tratamiento que al soborno transnacional. Esto es, en primer lugar, que con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, **los Estados Parte que aún no lo han hecho deberán adoptar las medidas necesarias para tipificar en sus legislaciones el delito del enriquecimiento ilícito** y que, entre aquellos Estados que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado, como un acto de corrupción para los propósitos de la Convención; pero, con respecto a aquellos que no han tipificado ese delito, sólo se establece la obligación de brindar la asistencia y cooperación prevista en la Convención en relación con el delito de enriquecimiento ilícito en la medida en que sus leyes lo permitan.

Como se verá más adelante, para el caso de Guatemala, existen varias iniciativas de ley relacionadas con el tema, pero que sin embargo, no han tenido resultados positivos como para decir que efectivamente el Estado de Guatemala, está dando cumplimiento a los compromisos contraídos en la Convención.



CAPÍTULO IV



4. Los elementos jurídicos que configuran el delito de enriquecimiento ilícito para cumplir con la Convención Interamericana contra la Corrupción y necesidad de que se incluya en el código penal

4.1. Los elementos jurídicos que configuran el enriquecimiento ilícito

Que el Sujeto Activo sea un funcionario público o bien una persona que ejerza funciones públicas. En este caso, también, debe considerarse en las formas de autoría y participación otros sujetos activos.

El incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Tal y como se ha definido la figura del Enriquecimiento Ilícito se tienen que valorar dos parámetros a los efectos de tener por demostrada la tipicidad objetiva: por una parte la constatación de un ingreso excesivo, tomando como punto de partida los ingresos legítimos del funcionario y, en segundo lugar, el aspecto probatorio del funcionario, donde éste debe justificar –razonablemente- dicho ingreso, caso contrario se tendrá por ilícito el mencionado ingreso.

Esta regulación dependerá entonces, no sólo de un efectivo control de los ingresos de los funcionarios, especialmente, antes de tomar posesión de su cargo, sino también de la asunción legislativa de una efectiva **inversión de la carga de la prueba** ya que

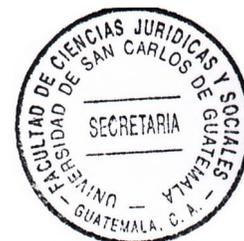


tiene que ser el funcionario público quien tiene que demostrar que la presunción de ilicitud del ingreso no es cierta.

En cuanto al control de los ingresos y de los bienes del funcionario, este puede lograrse mediante una declaración jurada de sus ingresos y bienes antes de asumir sus funciones, misma que también se puede actualizar anualmente junto con las declaraciones que deben presentarse para efectos de impuestos.

Es un aliciente que la Convención aporte correctivos a aquellos países cuyo orden legal favorece el encubrimiento del enriquecimiento ilícito al amparo de personas jurídicas y muy especialmente, donde las leyes mercantiles desprotegen a los accionistas y socios minoritarios. Respecto al exceso en el incremento del patrimonio del empleado o funcionario público que no pueda justificarse, cabe señalar que el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, no podría aducirse que violenta derechos constitucionales protegidos, pues la acción no es la de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, con lo cual la ley no está consagrando una presunción, sino imponiendo un deber y sancionando penalmente un incumplimiento.

El dispositivo legal tiende a resguardar el honesto y correcto comportamiento de los funcionarios y a evitar que esas funciones se utilicen para beneficiar al agente al margen de la ley, en vez de procurar el bienestar general, como es el deber genérico del servidor público. De esta manera, también podría considerarse como formas de prevención en los cambios de gobierno, en donde las personas consideran que es como sacarse la lotería acceder a un puesto público. Sin lugar a dudas, estas adopciones también tienen que ir ligadas a otra serie de medidas administrativas, como por ejemplo, la carrera civil, el acceso a los puestos por oposición y no precisamente como sucede en la actualidad, que se busca el puesto para la persona y no la persona para el puesto.



4.2. Otras leyes relacionadas con los actos de corrupción

4.3. La ley contra la delincuencia organizada

Esta Ley se encuentra contenida en el Decreto del Congreso 21-2006 del 19 de julio de 2006 Ley Contra la Delincuencia Organizada, la que tiene por objeto establecer las conductas delictivas atribuibles a los integrantes y/o participantes de las organizaciones criminales; el establecimiento y regulación de los métodos especiales de investigación y persecución penal, tales como operaciones encubiertas, entregas vigiladas, interceptaciones telefónicas y otros medios de comunicación, los procedimientos para declarar la extinción del derecho de propiedad sobre bienes producto de actividades ilícitas cometidas por grupos delictivos organizados; lo referente a los colaboradores en la persecución penal de estas actividades, las medidas de protección, lo relativo a las penas así como todas aquellas medidas tendientes a prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia organizada.

Cuenta con 113 Artículos y después de su análisis conviene señalar que la misma no tiene relación directa con los actos de corrupción que señala la Convención, se refiere a un tipo de corrupción más elevado, en donde funciona el crimen organizado, pudiera citarse el ejemplo de lo que sucede con el robo de cisternas de gasolina, que se debe a los actos de corrupción del crimen organizado, por cuanto intervienen policías nacionales civiles y personas condenadas, altos funcionarios como el caso de los diputados involucrados en estos casos. Quizás también conviene señalar el ejemplo del crimen organizado en el tema de las adopciones, en donde intervienen altas esferas de integrantes del gobierno que se sabe pero que aún no se han descubierto a cabalidad, precisamente por eso, por pertenecer a las altas esferas del gobierno y en este caso a la justicia le resulta difícil poder intervenir.



4.4. Análisis de legislación comparada

Las declaraciones de probidad como elemento fundamental en la comisión de ilícitos como el enriquecimiento ilícito contenido en la Convención Interamericana contra la Corrupción, será lo que se analizará a continuación referente a como se aplica en los distintos países de Centroamérica.

4.4.1. Situación de el Salvador

Este país ha desarrollado el mecanismo de la declaración jurada del estado de patrimonio de los funcionarios públicos, el cual se encuentra regulado en la **Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos**. Esta ley define en primer lugar, quienes se consideran funcionarios y empleados públicos para efectos de la obligación de declarar y enumera de forma taxativa y directa, los empleados públicos específicos, que si bien no manejan directamente fondos del Estado o del Municipio, la importancia de sus cargos y la probabilidad de presentarse en ellos un enriquecimiento indebido, ameritan que sobre ellos recaiga el deber legal en mención.

La oportunidad para presentar la declaración es dentro de los sesenta días siguientes a que tomen posesión de sus cargos ante la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sección de Probidad y dentro de los sesenta días siguientes a partir de la fecha que cesen en el ejercicio de sus respectivos cargos.

Las declaraciones deben contener requisitos mínimos legales que tienen como objeto prevenir el enriquecimiento ilícito, como son: datos que garanticen un adecuado conocimiento de la identidad y domicilio del declarante, de su cónyuge y de sus hijos, sus ingresos, activos y pasivos; acciones o participaciones sociales, con indicación de

sus características e institución o sociedad en que las posean y las cuentas y depósitos que se posean en entidades financieras.



Un experto salvadoreño señala que en la actualidad no existen antecedentes de juzgamiento de algún funcionario o empleado público por enriquecimiento indebido, razón por la cual las disposiciones constitucionales y legales al respecto han sido fuertemente criticadas por su ineficiencia, hasta el punto de crearse nuevas propuestas que aún no han sido presentadas formalmente como proyectos de ley.

En el caso de El Salvador, debe anotarse que al definir taxativamente los funcionarios específicos que se encuentran obligados a declarar, puede dejar fuera de su ámbito de aplicación a otros empleados que en determinado momento pueden incurrir en actos de corrupción, lo cual limitaría la eficacia de este instrumento.

4.4.2. La república de Honduras

Dentro de los mecanismos adoptados por la normatividad hondureña contra la corrupción, se encuentra el de crear un sistema para la declaración de los ingresos, activos y pasivos, por parte de las personas que desempeñan funciones públicas, que contiene los principios generales contenidos en las legislaciones de otros países, es decir, oportunidad para presentar la declaración, control de la misma y elementos formales.

Esta normatividad tiene como fundamento el delito de enriquecimiento ilícito para los funcionarios públicos, que entre sus supuestos legales, cabe resaltar los siguientes



aspectos: los sujetos activos (servidores públicos y en general cualquier persona natural o jurídica que perciba sueldos o maneje bienes y fondos del Estado o decida sobre pagos o inversión de fondos públicos), los actos que constituyen enriquecimiento ilícito, la presunción de enriquecimiento ilícito de los servidores públicos (que el aumento de capital del funcionario o empleado público, fuera superior notablemente al que hubiera podido obtener de acuerdo a sus ingresos y cuando el servidor público no autorice la investigación de sus depósitos bancarios o negocios en el país o en el extranjero) y la pena por incurrir en tal delito.

El órgano competente para verificar la información y para sancionar la omisión de la obligación, es la Dirección General de Probidad Administrativa, la cual está obligada a denunciar ante la Fiscalía General el delito de enriquecimiento ilícito, con el objetivo de iniciar la acción criminal correspondiente.

Actualmente, la Dirección de Probidad Administrativa, ha elaborado un proyecto de ley, actualmente en el Congreso Nacional, denominado **Ley de Probidad en la Función Pública**, que de ser aprobado sustituiría la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, cuyo objeto, de acuerdo a los expertos en la materia, no será solamente el de sancionar sino también prevenir el enriquecimiento ilícito y otros actos de corrupción.

Este cambio podría traer beneficios para el propósito de controlar los actos de corrupción, por cuanto una misma norma no puede tener suficiente cobertura cuando trata dos problemas jurídicos tan importantes como el delito de enriquecimiento ilícito de los servidores públicos y la respectiva obligación de declarar. Se podría esperar una mayor eficacia preventiva y sancionadora del proyecto de ley, en caso de ser aplicada.



4.4.3. La república de Costa Rica

En este país al igual que los anteriores, se encuentran disposiciones normativas que regulan la obligación de los funcionarios públicos de declarar los ingresos, activos y pasivos. La normatividad en mención, establece una lista detallada de los cargos en los cuales los funcionarios están obligados a declarar sus bienes, sin tener en cuenta la naturaleza del vínculo, léase temporalidad o categoría, lo que facilita su identificación y exigibilidad dentro de un marco de seguridad y certeza para los obligados. Es importante mencionar, que en esta lista no están incluidos los particulares que desempeñan funciones públicas.

Por su parte, el órgano competente para recibir, tramitar y verificar las declaraciones de bienes se encuentra en cabeza de la Contraloría General de la República. Esto responde a la necesidad de centralizar las competencias mencionadas en un solo órgano, para facilitar de esta forma la labor de vigilancia y seguimiento de las actuaciones de los funcionarios.

Respecto a la información declarada, la cual se realizará en un formato pre-impreso, no cobija al cónyuge o parientes más cercanos y será de suma confidencialidad so pena de aplicar sanciones a los funcionarios que la violen. La oportunidad para presentar la declaración, es al inicio, durante (cada año para actualizar la información) y al final del ejercicio del cargo.

Para los funcionarios que estando obligados a declarar, no lo hagan o lo hagan inadecuadamente, se consagraron dos tipos de sanciones: la cesación del cargo por omisión en la presentación de la declaración o la prohibición del reingreso en caso que



el funcionario declarante hubiese cesado en su cargo sin haber presentado la declaración final. En el caso de proporcionar datos falsos o inexactos, se calificará la actuación como falta grave, sin establecer expresamente la sanción administrativa.

Finalmente, del informe se pueden destacar las críticas a la normatividad de Costa Rica sobre la obligación de declarar bienes por parte de los funcionarios públicos, las cuales se centran principalmente en establecer que si bien existe una normatividad completa al respecto, en su aplicación no hay efectividad, por cuanto se limita a desarrollar un aspecto formal, faltando una verificación de los objetivos que se buscan con ella.

Por otra parte, la falta de efectividad que menciona el experto sobre estas normas, se puede presentar por no consagrar la obligación de declarar a aquellas personas que siendo particulares, cumplen funciones públicas, ya que en estos casos también se pueden constituir actos de corrupción.

4.4.4. La república de Nicaragua

Este país consagra la obligación a toda persona que ejerza cargos con funciones de autoridad o en el cual se maneje fondos o recursos del Estado, de declarar de acuerdo con un formulario predeterminado, los bienes de cualquier clase que integren su patrimonio, el de su cónyuge e hijos, que estén bajo su patria potestad al momento de hacerse la declaración.



La declaración debe presentarse a la Contraloría de la República en forma escrita y dentro de los 15 días posteriores a la posesión de su cargo, anualmente antes del 31 de enero y 15 días después de finalizar sus funciones, siempre y cuando lo solicite la Procuraduría General de Justicia. No existe disposición alguna en el caso que el funcionario cambie de cargo dentro del mismo Gobierno, ni establece obligación alguna de presentar la declaración antes de tomar posesión del nuevo cargo.

En caso de que el empleado público no cumpla con las obligaciones de presentar la declaración, la Contraloría podrá ordenar la suspensión del pago de su salario, pérdida de su capacidad jurídica o apremio corporal. En el caso que las presente de manera fraudulenta, la sanción será la destitución de su cargo, sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente.

Por otra parte, la Contraloría tiene la obligación de denunciar los casos en los que se presuma, posterior a una debida investigación, que haya corrupción de los funcionarios públicos. A pesar de lo anterior, esta institución tiene la obligación de mantener una reserva de todos los datos de que tenga conocimiento, respecto a terceros ciudadanos que la soliciten.

“Para realizar un control efectivo sobre el incremento patrimonial de los funcionarios públicos, es indispensable obtener la declaración una vez se retire del cargo, para hacer la comparación patrimonial necesaria para identificar actos corruptos. Sin embargo, el hecho de que sea a discreción de la Procuraduría, excluye a ciertos funcionarios de presentar la última declaración, así la selección pueda tener fundamentos de hecho para hacerlo.”¹⁸

¹⁸ Piza Rodríguez Doctor. Julio Roberto. **Ley modelo sobre declaraciones de ingresos, pasivos y activos por parte de quienes desempeñan funciones públicas**. Internet: 30-11-2007. www.org.juridica.spanish.com



4.5. En el ámbito puramente penal

En primer lugar, cabe señalar que en la doctrina se deben distinguir los distintos tipos de corrupción que existen y que son: 1) La corrupción administrativa que es la que generalmente reportan los medios: 2) La corrupción por influencias y 3) La corrupción por componenda entre empresas altos funcionarios y dirigentes políticos. La corrupción administrativa se relaciona con la trasgresión de leyes, reglamentos y procedimientos.

En cambio la corrupción por influencia y por alta componenda, está directamente asociada a la confección de leyes, políticas y reglamentaciones del Estado, o sea, el establecimiento de reglas ad hoc para favorecer a determinadas empresas en detrimento del resto. Con ello, es claro, se promueve ineficiencia e ineficacia de los servicios del Estado, y se desestimula la competencia y la liberalización de los mercados.

Y el tercer efecto: La corrupción, y está demostrado en estudios empíricos, afecta a los pobres de manera desproporcionada, ya que está estrechamente ligada al incremento de los precios y costos de oportunidad, a la reducción de las oportunidades de servicios y empleo y la baja competencia e innovación empresarial.

Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1º.- La finalidad de la presente ley es la de prevenir y sancionar el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, con el propósito de garantizar el ejercicio honrado y decoroso de la función pública.



Artículo 2º.- Para los efectos de esta ley, se considerarán servidores públicos las personas que presten servicios a la Administración Pública o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Asimismo, serán considerados servidores públicos, también para los efectos de esta ley, las personas que en interés o por nombramiento del Estado, sus instituciones y empresas, desempeñen funciones en actividades y compañías que correspondan a la actividad de derecho privado de la administración. Para este efecto, considérense equivalentes los términos **servidor público, empleado público, funcionario público** y demás denominaciones afines o similares.

Artículo 3º.- Las disposiciones de la presente ley se aplicarán a los servidores públicos, aun cuando los actos que den lugar a ello se hayan cometido o intentado cometer en el extranjero, sin perjuicio de las normas sobre extraterritorialidad contenidas en el Código Penal. Quedan a salvo las prerrogativas e inmunidades que la Constitución Política otorga a los miembros de los supremos poderes. La Asamblea Legislativa admitirá o no las acusaciones que se interpongan contra ellos, de conformidad con el inciso 9) del artículo 121 de la Constitución Política.

Artículo 4º.- En ningún caso se tendrá por enriquecimiento ilícito el simple aumento del valor de los bienes oportunamente declarados e inscritos, ni la mejora de los mismos por la incorporación del esfuerzo y trabajo del propietario o de sus rentas y productos conocidos. Todos los miembros de los supremos poderes, excepto del poder Legislativo, estarán obligados a declarar sus bienes, al iniciar el ejercicio de sus cargos y al cesar en ellos. La ley establecerá las condiciones, métodos y procedimientos que garanticen el pleno ejercicio de las funciones y responsabilidades que la Constitución le confiere a la Asamblea Legislativa y a los diputados.



Artículo 5º.- El resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho ilícito del servidor público, de sus coautores, cómplices e instigadores, deberá obligatoriamente ser intentado por la Procuraduría General de la República o, en su caso, por el ente respectivo.

Artículo 6º.- El delito de enriquecimiento ilícito de los servidores públicos en el ejercicio de su cargo, producirá la pérdida, en favor del Estado, del ente respectivo o del particular, de los objetos o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito.

Se autoriza a los entes públicos para donar, a las municipalidades de los cantones donde se encuentren ubicados o localizados, bienes requisados que hayan pasado a su propiedad conforme lo indica este artículo, para que puedan ser usados en obras de bien común o de beneficencia pública.

CAPÍTULO II

Del registro de declaraciones de bienes.

Artículo 7º.- La Contraloría General de la República establecerá un registro de declaraciones juradas de bienes de los servidores públicos, en el cual deberá constar la declaración jurada de los bienes, renta y derechos de los funcionarios y empleados que la Constitución Política, las leyes y el ente contralor determinen como obligados a ello, conforme lo disponga el reglamento que la Contraloría deberá dictar al efecto. Para los fines de este artículo, el ente contralor proveerá a los servidores obligados a declarar de las fórmulas de declaración de bienes, tanto iniciales como anuales, las que tendrán el carácter de declaración jurada para todos los efectos legales.



Artículo 8º.- La Contraloría General de la República determinará, por el reglamento, cuáles, rentas y derechos del servidor público deberán necesariamente ser incluidos en las fórmulas de declaración de bienes. El servidor declarante deberá indicar los bienes, rentas y derechos que constituyen su patrimonio, tanto dentro del territorio nacional como en el extranjero, en forma clara, precisa y detallada, consignado su valor. El Contralor General de la República y el Subcontralor deberán enviar copia fiel de sus declaraciones a la Asamblea Legislativa.

Artículo 9º.- El hecho de que un servidor no se halle incluido en la enumeración a que se refiere el párrafo primero del artículo 7º, no inhibe a la Contraloría General de la República para hacer las investigaciones que estime pertinentes, a efecto de establecer el posible enriquecimiento ilícito de cualquier servidor público. La Contraloría General de la República podrá revisar e investigar los negocios y actividades privadas de los servidores sujetos a esta ley, durante la sustanciación de una sumaria administrativa. Todo ente público queda autorizado para solicitar a la Contraloría que se investigue su administración, cuando considere que existen irregularidades que puedan dar lugar a una denuncia formal, sin perjuicio de que la Contraloría pueda hacerlo por propia iniciativa.

Artículo 10.- Los datos que consten en el registro a que se refiere el artículo 7º son confidenciales, sin perjuicio de las informaciones que requieran el Ministerio Público, el juez, el propio interesado o las comisiones especiales de la Asamblea Legislativa.

Artículo 11.- Para determinar la existencia del enriquecimiento ilícito de un servidor público, se considerarán, entre otros factores, los siguientes:



- a) Sus recursos personales. b) La cuantía de los bienes con que ha acrecentado su patrimonio, en relación con el importe de sus ingresos y con el de sus gastos ordinarios, todo de acuerdo con el modo de vida que lleve. c) La ejecución de actos o procedimientos que pudieran considerarse irregulares dentro de las funciones del cargo que desempeña. d) El monto de sus bienes al momento de la investigación, en relación con los manifestados en la declaración de bienes señalada en la presente ley.

Artículo 12.- Todo servidor público al declarar sus bienes, deberá hacerlo ante la Contraloría General de la República dentro de los veinte días siguientes a aquél en que asuma el cargo. Para efectos de actualización del registro, también deberá presentar, en la segunda quincena del mes de mayo, una declaración anual en la fórmula correspondiente, en la que consten los bienes adquiridos durante el período, así como las mejoras de los ya declarados y las variaciones que hubiere tenido en su patrimonio, consignando el origen de los recursos y su monto.

Artículo 13.- El servidor público afecto a esta ley, que dentro del término señalado incumpliere la presentación de la declaración inicial de bienes, cesará en el ejercicio del cargo. Igual sanción se aplicará al servidor que omitiere presentar la declaración anual de bienes, después del término que por vía de prevención le fije la Contraloría General de la República. Si el omiso fuere alguno de los miembros de los supremos poderes, la Contraloría General de la República lo comunicará a la Asamblea Legislativa, a efecto de que ésta tome las resoluciones pertinentes, de conformidad con lo que dispone la Constitución Política y la legislación vigente. En los demás casos, la comunicación la hará el organismo contralor al superior jerárquico del funcionario que ha incumplido.



Artículo 14.- La Contraloría General de la República podrá examinar y verificar con todo detalle la exactitud y veracidad de las declaraciones cuando lo estime oportuno de conformidad con los procedimientos y facultades que le otorgan la Constitución Política y las leyes. En caso de detectar irregularidades que pudieran constituir delito, hará del conocimiento del Ministerio Público el estudio técnico realizado y los documentos correspondientes.

Artículo 15.- En cualquier momento, la Contraloría General de la República podrá pedir cuentas de sus bienes o del incremento o utilidad de los mismos a los servidores públicos y éstos, dentro del término que aquella les fije, deberán aportar la información y documentación solicitada.

Artículo 16.- Dentro del término de un mes después de haber cesado en sus funciones, y con sujeción a los requisitos establecidos para ello, los servidores a que se refiere el artículo 7º están obligados a hacer una nueva declaración jurada de bienes, renta y derechos, en la que consignarán las variaciones que hubiere experimentado su patrimonio desde la última declaración jurada. La renuncia a cumplir con esta obligación dará lugar a que la Contraloría realice una investigación sumaria, a efecto de determinar si en las variaciones del patrimonio de ex servidor existen irregularidades que pudieran constituir delito. De ser así, el ente contralor hará del conocimiento del Ministerio Público los resultantes de esa investigación.

Artículo 17.- Ningún ex servidor podrá ser nombrado en un cargo público mientras no demuestre haber cumplido debidamente con la obligación que establece el artículo anterior.



Artículo 18.- El responsable de la unidad de recursos humanos de cada entidad o en su defecto, aquel quien el jerarca defina, deberá informar a la Contraloría General de la República, dentro de los ocho días siguientes a cada nombramiento, el nombre y las calidades de los servidores que ocupen los cargos para cuyo desempeño se requiera la declaración jurada de bienes, con indicación de la fecha en que esos funcionarios iniciaron sus funciones. Dentro del mismo plazo citado en el párrafo anterior, cada entidad deberá informar la fecha en que, por cualquier circunstancia, los servidores obligados a declarar concluyan su relación de servicio. La desobediencia de esta obligación será considerada falta grave, para todos los efectos legales.

CAPÍTULO III

Del Procedimiento

Artículo 19.- Para el juzgamiento de los delitos relativos al enriquecimiento ilícito se seguirá el procedimiento de instrucción formal, regulado en el Código de Procedimientos Penales. En todo caso, el juicio deberá celebrarse ante un tribunal superior.

Artículo 20.- Corresponde exclusivamente a la Contraloría General de la República, conforme con su ley orgánica, levantar sumaria administrativa secreta en averiguación de los hechos sancionados por esta ley, sin perjuicio del derecho a denunciar y plantear las demás acciones judiciales o administrativas que conforme con el derecho puedan ejercer los particulares. En la sustanciación de la sumaria, los servidores, entes y organismos públicos, están obligados a suministrar a la Contraloría todos los elementos probatorios a su alcance, así como a permitirle y facilitarle el acceso a los mismos y a colaborar en la forma más amplia. Los servidores y ex servidores públicos



estarán obligados a rendir declaración bajo juramento, con las garantías señaladas en los artículos 36 de la Constitución Política y 276 del Código de Procedimientos Penales.

Cuando la Contraloría considere que existen elementos de prueba para acreditar la existencia del enriquecimiento ilícito, trasladará la sumaria al Ministerio Público. La negligencia u ocultamiento de hechos, informes o datos, en que incurra el servidor público, será considerada falta grave y se sancionará conforme con la legislación laboral aplicable, sin perjuicio de mayores responsabilidades que puedan derivarse de esta ley o de la legislación penal común.

Toda persona está obligada, sin incurrir por ello en responsabilidad, a instar en forma confidencial la iniciación de la sumaria administrativa ante la Contraloría, cuando tenga conocimiento de hechos que puedan constituir enriquecimiento ilícito. La Contraloría acogerá la instancia si a su juicio contiene datos que permitan su intervención.

Artículo 21.- El servidor denunciado, sujeto a esta ley conforme con el artículo 2º, podrá ser suspendido en su relación de servicio, según las circunstancias, o bien, podrá solicitarse su suspensión cuando la ley obligue a este trámite. Tal suspensión no podrá ser acordada por un lapso mayor de tres meses; sin embargo, podrá extenderse hasta por un lapso igual, si se dictare auto de procesamiento y prisión preventiva. El auto de elevación a juicio, una vez firme, suspende de inmediato al servidor público en el ejercicio de su cargo; y la prórroga extraordinaria o el sobreseimiento hacen cesar la suspensión.



CAPÍTULO IV

De las incompatibilidades

Artículo 22.- Los ministros de Gobierno, los viceministros y los presidentes ejecutivos, gerentes y subgerentes de los entes descentralizados o de las empresas públicas, no podrán ejercer profesiones liberales ni cargos de administración, dirección o representación de empresas privadas o públicas, salvo cuando esta representación sea otorgada por ley. Los ministros o viceministros podrán formar parte de juntas directivas, comisiones, consejos o demás organismos colegiados, cuando la ley expresamente así lo indique.

Artículo 23.- Los funcionarios y empleados de los poderes del Estado y de las instituciones autónomas, de las universidades y de las municipalidades, que devenguen porcentajes de su salario o sumas de otra índole como indemnización por el no ejercicio particular o privado de su profesión, no tendrán derecho a percibir honorarios por los servicios profesionales que brinden en el ejercicio de sus funciones. Las sumas que correspondan al Estado por honorarios, se destinarán al fondo especial a que se refiere el párrafo primero del artículo 100 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Artículo 24.- Los nombramientos de notarios públicos, en calidad de servidores de los entes descentralizados y de las empresas públicas, deberán hacerse por concurso, mediante análisis de atestados.



Artículo 25.- Los servidores públicos que incumplieren las prohibiciones contenidas en el presente capítulo, serán obligatoriamente removidos de sus cargos, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que pudieran corresponderles. Para tales efectos se seguirán los procedimientos que al efecto establece la Ley General de la Administración Pública.

CAPÍTULO V

De los delitos y sanciones

Artículo 26.- Incurrirán en el delito de enriquecimiento ilícito y serán sancionados con prisión de seis meses a seis años, los servidores públicos que en el ejercicio de un cargo público, o dentro del año siguiente a la cesación de su relación de servicio: a) Mejoren su situación económica en las circunstancias descritas, habiendo cancelado deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio; b) Consientan, faciliten o intervengan de cualquier modo, por su influencia, conocimiento o función, en el enriquecimiento de un tercero, funcionario público o no. d) Incurrirán en igual delito y serán sancionados con la misma pena, los miembros de los supremos poderes que dicten o promulguen leyes, decretos, acuerdos o resoluciones, en que se otorguen beneficios para su exclusivo provecho, o para sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. f) Igualmente sufrirá las sanciones que procedan, cualquier persona física o jurídica que se preste para que, por su medio, realizar el delito. Cuando los delitos a que se refiere la presente ley se realicen a través de una persona jurídica, o con su participación, la responsabilidad se atribuirá a sus personeros, gerentes, administradores o directores que hayan participado o consentido en la acción, sin perjuicio de que las consecuencias civiles del delito recaigan, además, sobre la sociedad o compañía.



Artículo 27.- Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años e inhabilitación especial para el cargo que desempeña, por igual tiempo, todo aquel que incurriere en falsedad u ocultamiento al hacer las declaraciones ante el registro de declaraciones de bienes.

Artículo 28.- El servidor público que violare la confidencialidad o el secreto a que se refieren los artículos 10 y 20 de la presente ley, será destituido de su cargo sin responsabilidad para el Estado.

CAPÍTULO VI

Disposiciones finales

Artículo 29.- Se deroga la ley que obliga a los funcionarios públicos a declarar sus bienes, N° 1166 del 14 de junio de 1950 y sus reformas.

4.6. Proyecto de iniciativas de ley presentadas por diversos diputados al congreso de la república en materia de actos de corrupción derivados de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

4.6.1. Ley contra el enriquecimiento ilícito

Esta iniciativa de ley, tiene como referencia la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita en la Ciudad de Caracas República de Venezuela el 29 de marzo de 1996, aprobada mediante el Decreto 15-2001 del Congreso de la República de Guatemala, considerando los siguientes fundamentos:



1. Responde a lo que el Artículo IX de dicha Convención regula sobre lo siguiente:
Con sujeción a la Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados parte, que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificada por él.
2. Además, que entre aquellos Estados parte que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la Convención aunque lamentablemente en Guatemala, no existen controles que garanticen que el dinero público se utilice, invierta o gaste adecuadamente, lo que hace que muchas veces no haya castigo ni sanciones para esta clase de hechos, por lo que se hace necesario que en nuestra legislación interna exista una ley especial que lo regule.
3. La necesidad de facilitar mediante las instituciones competentes, la investigación cuando por cualquier medio se tenga conocimiento de un acto de presunto enriquecimiento ilícito tráfico de influencias, abuso de autoridad, cohecho, peculado, malversación, concusión, fraude, exacción ilegal, cobro indebido, falsedad material, falsedad ideológica y otros hechos que presuntamente constituyan delito por parte de las personas sujetas a responsabilidad, obligan a que exista la regulación correspondiente.
4. La naturaleza de un cuerpo de ley como el proyecto que se presenta, reviste las características de ser una ley especial, de impacto tanto interno como externo, tipifica el delito conforme lo señalado por la Convención Interamericana contra la Corrupción, desarrolla en forma precisa la figura del enriquecimiento ilícito, contempla a las personas investidas de funciones públicas y enfatiza las penas

y providencias cautelares así como los mecanismos requeridos para la persecución de un ilícito de la magnitud que se señala.



5. El objeto de esta ley es prevenir, detectar, sancionar y erradicar el enriquecimiento ilícito, en correspondencia con la Convención Interamericana contra la Corrupción.

En el Artículo 2, señala en que consiste el delito de enriquecimiento ilícito y dice: Comete el delito de enriquecimiento ilícito la persona que durante o con posterioridad al ejercicio de su función pública, sin poder justificarlo se encontrare en posición de bienes muebles o inmuebles, dinero, documentos y derechos reales por sí o por segunda persona, que sobrepasen sus legítimas y normales posibilidades económicas, la de su cónyuge, conviviente, hijos y demás parientes dentro de los grados de ley, así como de las personas bajo su guarda o tutela o quien con facultades de uso, custodia, administración o explotación de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión se le compruebe que:

- a) Incremente, invierta, transfiera o realice cualquier transacción comercial y/o financiera con bienes muebles o inmuebles, dinero, documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos que hubieren aumentado irrazonable, desproporcionalmente o significativamente en relación a su remuneración y/o medios de producción de su patrimonio.
- b) Adquiera, posea, administre, tenga o utilice bienes muebles o inmuebles, dinero que por razón de su función pública tenga conocimiento que los mismos tienen su origen en la comisión de un delito.



- c) Oculte o impida conocer la procedencia de la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento de los bienes muebles o inmuebles, dinero que por razón de su función pública está obligado a saber que los mismos son producto de la comisión de un delito.
- d) Requerir o aceptar directa o indirectamente por parte de persona particular o que ejerza función pública, de cualquier objeto con valor pecuniario u otros beneficios, tales como dádivas, favores, promesas, bienes valores y/o ventajas que le proporcione para sí mismo o para otra persona, inclusive familiares dentro de los grados de ley, a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas.
- e) El funcionario público o persona investida de funciones públicas que mediante cualquier acto u omisión, en el ejercicio de sus funciones, obtenga ilícitamente beneficios de cualquier índole para sí mismo o sus familiares dentro de los grados de ley o para un tercero y sus familiares dentro de los grados de ley.
- f) Participar como autor material o intelectual, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión asociación o colaboración para la comisión de cualquier o cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente Artículo.
- g) Aprovechamiento culposo y/o doloso u ocultación de bienes, servicios o utilidades de cualquier índole, provenientes de cualquiera de los actos a los que se refiere este Artículo.
- h) Si como consecuencia de lo anteriormente regulado ha pagado deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio, el de su cónyuge,



conviviente, hijos mayores de edad y demás parientes dentro de los grados de ley.

- i) Adquiera, invierta, transfiera, realice cualquier transacción en el exterior del país que tienda a incrementar su patrimonio, el de su cónyuge, conviviente, hijos y demás parientes dentro de los grados de ley, así como de las personas bajo su guarda o tutela.
- j) El servidor público que directa o indirectamente o por interpuesta persona utilice en beneficio propio, de sus familiares dentro de los grados de ley o de terceros, información y/o documentación que tenga bajo su responsabilidad guarda o custodia o a la que tuviere acceso, así como que lo ocultare, simulare o desapareciere, y
- k) Las personas individuales o jurídicas que por cualquier medio presten auxilio, colaboración o las condiciones idóneas para que el servidor público se constituya en sujeto de responsabilidad, conforme lo preceptuado en la presente ley.

4.6.2. Proyecto o iniciativa de ley contra el enriquecimiento ilícito

Esta es otra iniciativa de ley del Congreso de la República, que de alguna manera tiene relación con la anterior iniciativa y que dentro de lo más importante de resaltar se encuentra:

1. Que toma como base que la transparencia en la gestión pública es uno de los requisitos para el fortalecimiento del Estado de Derecho, toda vez que fortalece la credibilidad de la ciudadanía en las instituciones del Estado y en los

depositarios de la función pública, reforzando la gobernabilidad y la democracia.



2. Toma en cuenta que en la ciudad de Caracas Venezuela, el 29 de marzo de 1996, se suscribió la Convención Interamericana contra la Corrupción, que fue aprobada por el Congreso de la República el 10 de mayo de 2001, instrumento que contiene los lineamientos generales a seguir por los Estados parte, para hacer frente a los fenómenos derivados de la falta de transparencia en la gestión pública, lineamientos que Guatemala requiere adicionar en su legislación interna para hacer efectiva la función pública con probidad.
3. Que la lucha contra la corrupción es función de todos, gobernantes y gobernados, por lo que es preciso poner en marcha los mecanismos que permitan la participación ciudadana y crear los órganos que le permitan al sector público realizar labores de prevención y la sociedad civil la función de control sobre la Administración del Estado.
4. Que tomando en consideración que la legislación guatemalteca no contempla la figura del enriquecimiento ilícito como tipo delictivo, lo que es preciso remediar para reforzar la lucha contra la corrupción y por la transparencia de los instrumentos legales adecuados.
5. Dentro de su contenido se puede determinar que el Artículo 1 establece que : **Incurren en enriquecimiento ilícito** y serán sancionados con prisión de tres a diez años, los servidores públicos que en el ejercicio de su cargo, o dentro de los dos años siguientes a la cesación de su relación de servicio:



- a) Hubieren obtenido en el ejercicio de sus funciones un incremento patrimonial desproporcionado con relación a sus ingresos, que no pudieren justificar razonablemente o mediante prueba que demuestre fuente lícita de origen, o que mejore su actuación económica sin justificación lícita o hubiere cancelado deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio, sin que pudiera probar el origen de los recursos.
- b) Consientan, faciliten o intervengan de cualquier modo, por su influencia, conocimiento o función en el enriquecimiento de un tercero, funcionario público o no.
- c) Incurran en igual delito y serán sancionados con la misma pena, los miembros de los Organismos del Estado, que en ejercicio de sus funciones, emitan, dicten o promulguen leyes, decretos, acuerdos o resolución en las que se otorgue beneficio en su provecho, para sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, o en su provecho a favor de tercera persona.
- d) Igualmente sufrirá las sanciones que procedan, cualquier persona física o jurídica que se preste para que, por su medio, realizar cualquiera de estos delitos.

Cuando los delitos a que se refiere la presente ley, se realicen a través de una persona jurídica, o con su participación, la responsabilidad se atribuirá a sus representantes, gerentes, administradores o directores que hayan participado o consentido en la acción, sin perjuicio de que las consecuencias civiles del delito recaigan, además, sobre la sociedad o empresa. Para la determinación del enriquecimiento ilícito de las personas sometidas a esta ley, se tomaran en cuenta:



1. Su situación patrimonial antes de asumir el cargo y después de entregado
2. La cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios, de conformidad con su nivel de vida.
3. La ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación causal con el enriquecimiento.
4. Las ventajas obtenidas por la ejecución de contratos.

En este proyecto o iniciativa de ley, también es importante señalar que regulan otros ilícitos de los contenidos en la Convención que resulta importante señalar y que son:

- a) Uso indebido de bienes públicos
- b) Aprovechamiento ilícito de influencias
- c) Pagos ilegales
- d) Rebeldía en declaración de probidad
- e) Falsedad en declaraciones laborales
- f) Falsedad en certificaciones
- g) Declaración falsa
- h) Denegación de informes



Señala las personas que se encuentran exentas de la presentación de la declaración jurada patrimonial, así también, como algo novedoso, es importante señalar que establece órganos de prevención, estando:

1. La Comisión Nacional del Consejo Nacional contra la Corrupción y por la Transparencia, como ente de coordinación interinstitucional en materia de su competencia y que se encuentra integrada por: Contralor General de Cuentas, Ministerio de Gobernación, Fiscal General de la República, Procurador General de la Nación, Presidente de la Comisión de Probidad del Congreso de la República, magistrado designado por la Corte Suprema de Justicia, el Presidente de la Comisión Ciudadana para la lucha contra la corrupción.
2. Establece como función de la Sociedad Civil la intervención de organizaciones para el control de la actividad de los organismos estatales, en especial lo referente a: aplicación de los recursos públicos según los procedimientos y finalidades previstas en las normas respectivas; la asignación de los recursos públicos de acuerdo con las finalidades y el espíritu de las normas que la regulen. Cumplimiento de las misiones, programas, compromisos y metas asignadas o asumidas por los organismos estatales, la eficacia en la labor de los organismos estatales.

4.6.3. Iniciativa de la ley anticorrupción

Esta iniciativa tiene como fundamento lo siguiente:

1. Que los distintos organismos, órganos y demás entidades descentralizadas y autónomas del Estado deben contribuir al esfuerzo que hoy por hoy se



promueve a través de este cuerpo jurídico, que transparenta la derogación que hace el Estado de sus escasos ingresos, para sufragar gastos que en una u otra forma se consideran aprovechamiento ilícito o enriquecimiento ilícito, en detrimento de la riqueza del erario nacional.

2. Que se presume que en cada periodo constitucional, determinado grupo de personas aprovecha la coyuntura para alcanzar puestos clave de la administración pública y devengar un jugoso salario que provoca la disminución de la riqueza del Estado y deja como legado para el pueblo guatemalteco, la elaboración de utopías, deudas o simplemente los efectos negativos y vanos que se produjeron durante su ejercicio administrativo, carentes de beneficio nacional; así como, la realización de actos de corrupción que les permite el enriquecimiento ilícito de él y su núcleo familiar, sin que las autoridades de la aplicación de justicia, apliquen los normativos jurídicos apropiados para evitar esta deuda estatal.
3. En tal sentido, es imprescindible la emisión de una normativa jurídica que faculte a la Contraloría General de Cuentas a facilitar el proceso para determinar la existencia de ilícitos penales en el ejercicio de la acción pública. En consecuencia debe de transparentarse la acción pública del funcionario o empleado público, a efecto de coadyuvar con políticas de transparencia Estatal, puesto que el pueblo de Guatemala está cansado de observar cuanto funcionario público se llena los bolsillos con fondos del erario público, sin que se aplique la justicia a efecto de devolver a la administración pública los recursos monetarios que les pertenecen.
4. Tomando en consideración que la corrupción está y se promueve desde los cargos más bajos a los más altos, es importante tipificar la normativa



anticorrupción con salarios medios, a efecto de encuadrar a todo empleado o funcionario público que devengue un emolumento económico total mayor de diez mil quetzales.

Dentro de su contenido señala lo siguiente:

El Artículo 1, Establece como objeto de la ley, normar para transparentar el ejercicio de remuneración que perciben los funcionarios públicos durante el ejercicio de sus cargos y prevenir el enriquecimiento de las personas al servicio del Estado.

En cuanto a lo anterior, la autora considera que tomando en consideración que la misma consta de únicamente veinte Artículos y que dentro de ellos, no se establece procedimientos penales, ni órganos rectores, la misma sería muy difícil de aplicar. Adicionalmente, se considera que está incompleta en relación a la importancia que tiene la denominación de la misma y la complejidad que pudiera ofrecer cuando se designa como Ley anticorrupción, tampoco señala en qué consiste el delito de enriquecimiento ilícito, lo cual podría al entrar en vigencia ofrecer dificultades de aplicación y quizás pudiera ser que ese precisamente sería el objeto, puesto que se considera que la iniciativa de ley, no fue consensuada ni discutida por personas técnicas en la materia.

4.6.4. Iniciativa de ley de investigación, control y fiscalización de ingresos y gastos públicos presupuestados.

Esta tiene como fundamento:



1. Que conforme el Artículo 30 de la Constitución Política de la República de Guatemala, todo los actos de la administración son públicos, pudiendo los interesados obtener en cualquier tiempo los informes, copias, reproducciones, certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen o necesiten consultar, con excepción de los asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia, lo que a su vez les garantiza especialmente los derechos de defensa, petición, libre acceso a tribunales y dependencias del Estado, la obtención de solvencias de antecedentes penales y policiacos, acceso a archivos y registros estatales y otras libertades que humanamente les son inherentes.
2. Que las excepciones que refiere el considerando anterior como secretos militares o diplomáticos y las concernientes a datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia, en materia alguna excluyen o prohíben, por una parte que la ciudadanía conozca y se informe del manejo del Presupuesto General de Ingresos y Egresos de la Nación y demás presupuestos que lo integran, en los términos que previene la Constitución Política de la República de Guatemala y por otra parte, que el Congreso de la República y sus Diputados, la Contraloría General de Cuentas y demás órganos competentes, puedan investigar, controlar y fiscalizar dicho presupuesto y sus componentes y desde luego, su puntual y honrada ejecución analítica en el tiempo y forma que establece la Constitución, la presente ley y las leyes que regulan la materia.
3. Que es necesario emitir la ley que regule el libre acceso a la investigación, control y fiscalización del Presupuesto de Ingresos y Egresos de Estado y

demás presupuestos que lo integran, en el tiempo y forma que correspondiente, y si procede ejercer las acciones penales, civiles y administrativas del caso.



De conformidad con su contenido, es importante señalar lo siguiente:

1. En el artículo 1, se establece en que consiste la fiscalización del presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado y dice que ningún organismo del Estado o sus instituciones, dependencias, entidades autónomas o municipales o entidades descentralizadas de cualquier fuero o competencia están excluidas o exentas de investigación, control y fiscalización del manejo de sus ingresos y gastos asignados en el correspondiente Presupuesto General del Estado, de sus propios presupuestos y demás presupuestos privativos, que integran la Unidad de Presupuesto Nacional, quedando en consecuencia sometidos a la investigación, control y fiscalización del Congreso de la República y sus diputados, la Contraloría General de Cuentas y demás organismos y órganos competentes que tengan esas funciones.
2. Señala únicamente 5 Artículos, en donde establece en que se consisten los documentos públicos, la resistencia o negativa en dar información, así como la libertad de formas en relación a los actos que en cumplimiento de sus atribuciones no tengan forma determinada por la ley, llevarlos a cabo de manera tal que alcancen la finalidad perseguida.

A juicio de la autora, este proyecto o iniciativa de ley, se encuentra fuera de la realidad, incompleto, sin determinar procedimientos, entes u organismos encargados de hacerla ejecutar, etc., incompleta, porque considerando la

denominación, dista mucho de que se cumplan los objetivos para los que se pretendió crear, presumiendo que ese precisamente sea el objetivo, de que no se cumpla.





CONCLUSIONES



1. Que los actos de corrupción han sido más evidentes, fundamentalmente los que se realizan en la administración pública y que recientemente se han incrementado, estando involucrados altos funcionarios públicos de todas las categorías, conductas que muchas de ellas se encuentran reguladas en el Código penal guatemalteco, el que no es aplicado por convenir a intereses políticos.
2. La Convención Interamericana contra la Corrupción responde a los lineamientos de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y es un instrumento jurídico internacional del cual Guatemala es parte.
3. El código penal cuenta con una serie de conductas relacionadas con actos de corrupción, sin embargo de las conductas que señala en la Convención Interamericana contra la Corrupción, éstas no se encuentran tipificadas como delitos, lo cual ha sido un aliciente para los funcionarios y empleados públicos pues quedan impunes los actos de corrupción que realizan en la administración pública.
4. Los anteproyectos o iniciativas de ley que se han analizado en el presente trabajo, están sometidos aún a discusión sobre su oportunidad política y a la fecha de la terminación de este trabajo, no se tiene noticia de los avances de su impulso en el cauce legislativo, siendo importante evaluar las posibilidades de éxito en la lucha anticorrupción con instrumentos jurídico-penales, con el análisis de estudios como el presente y considerando las iniciativas de ley que se han descrito.



5. El actual marco normativo que regula aspectos relacionados con la corrupción en Guatemala, es de carácter represivo y contiene muy pocas herramientas de carácter preventivo. Esto provoca que haya una sobrecarga de prevención normativa que suele crear desconfianza en la comunidad sobre la efectividad de las medidas, lo que desmejora las posibilidades de los efectos preventivo-generales de los mecanismos sancionatorios del derecho penal.

6. De los proyectos o iniciativas de ley que se encuentran analizadas, cabe señalar que casi en su mayoría ofrecen problemas en lo que se refiere al beneficio que se pretende obtener, ya que algunos tipos penales que se encuentran tipificados no prevén en su redacción específicamente la acción ilícita que se comete como el soborno internacional o el enriquecimiento ilícito, siendo así resulta indispensable considerar este cambio en la normativa relacionada, para que la misma quede integrada en un solo cuerpo normativo.

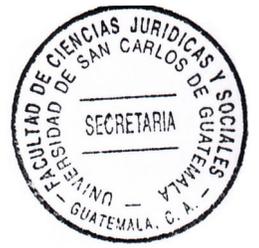
RECOMENDACIONES



1. El Estado de Guatemala, es parte de la Convención interamericana contra la corrupción, por lo tanto el Congreso de la república debe aprobar de urgencia nacional una ley que regule el delito de enriquecimiento ilícito para los funcionarios públicos.
2. En la actividad que realiza la Administración Pública, se deben considerar todos aquellos aspectos que tienen relación directa con el ser humano como tal y hacer de la misma, como sucede en el caso de la Administración de Justicia, una carrera civil, como compromiso del Estado, contenido en los Acuerdos de Paz.
3. Es obligación que la sociedad civil intervenga y presione sobre la creación de esta normativa, que contribuirá a contrarrestar esta problemática sobre la corrupción en la administración pública que se encuentra enraizada, así también en prevenirla a ese nivel.
4. Existen varias iniciativas de ley que propician en el legislativo la creación del delito de enriquecimiento ilícito, pero no con un verdadero enfoque de la problemática que sea congruente con la realidad, debiendo la comisión respectiva revisar las mismas, pidiendo opinión a los sectores involucrados, para que se formalice una sola iniciativa de ley.
5. Dentro de las políticas que debe crear el Estado en base a dar cumplimiento a los compromisos contraídos en la Convención Interamericana contra la Corrupción, se encuentran figuras delictivas que no están en el Código Penal, siendo entonces deber del organismo legislativo propiciar su creación.

6. El Estado de Guatemala, a través de las entidades correspondientes, deben propiciar los cambios legislativos, estructurales y políticos necesarios para que se adopten medidas de prevención acerca de la corrupción en el sector público, dignificando así la función de los empleados y funcionarios públicos.





ANEXO

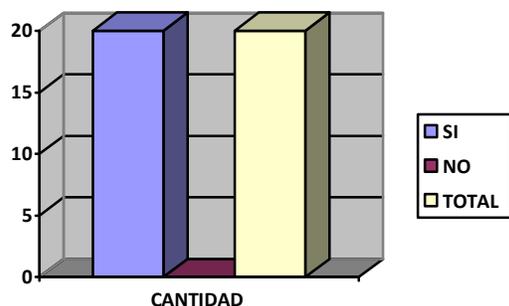


Presentación de los resultados del trabajo de campo

El trabajo de campo consistió en la realización de un cuestionario dirigido a abogados y notarios en general, pretendiendo con el mismo, establecer el criterio de los entrevistados con respecto a los actos de corrupción en la Administración Pública, el grado de conocimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción y de las iniciativas de ley, por lo que a continuación se presentan los resultados:

1. Pregunta: ¿Considera que los actos de corrupción recientemente se han incrementado en el sector público?

Respuesta	Cantidad
SI	20
NO	00
TOTAL	20

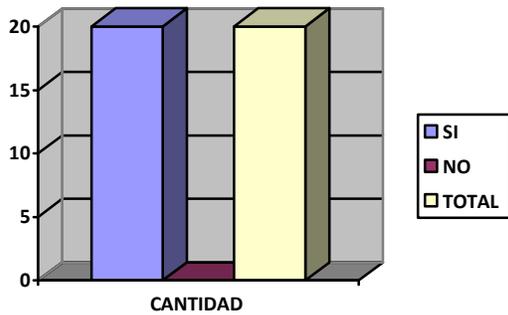


Fuente: Investigación de campo, diciembre 2007.



2. Pregunta: ¿Cree usted que los cargos públicos son anhelados por las personas con el fin de mejorar la situación económica de éstos y no de servir a la sociedad?

Respuesta	Cantidad
SI	20
NO	00
TOTAL	20

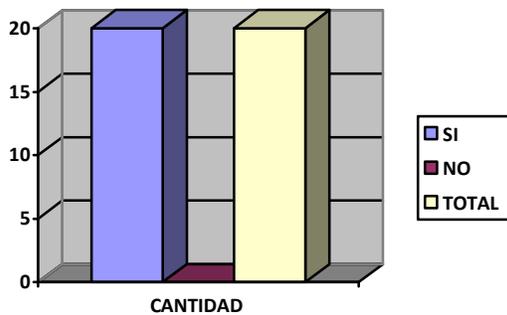


Fuente: Investigación de campo, diciembre 2007.



3. Pregunta: ¿Cree usted que son ciertas las denuncias de actos de corrupción presentadas recientemente y que se ocasionan en la administración pública de las cuales existen procesos penales?

Respuesta	Cantidad
SI	20
NO	00
TOTAL	20

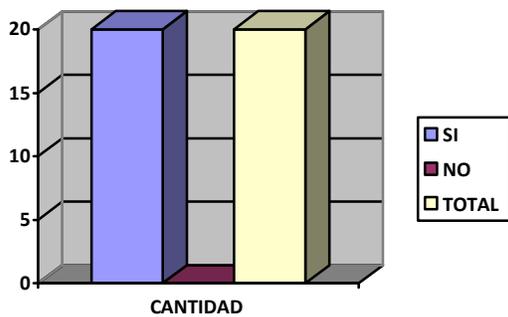


Fuente: Investigación de campo, diciembre 2007.



4. Pregunta: ¿Considera que los actos de corrupción también se suscitan en el actuar de los jueces y magistrados?

Respuesta	Cantidad
SI	20
NO	00
TOTAL	20

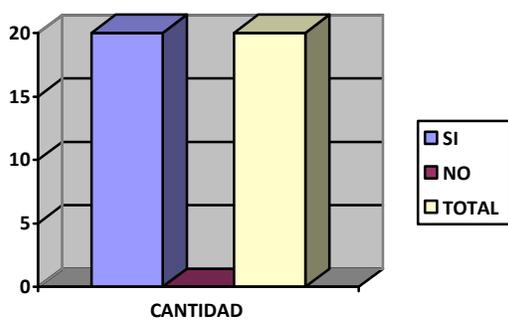


Fuente: Investigación de campo, diciembre 2007.



5. Pregunta: ¿Tiene conocimientos de la existencia de la Convención Interamericana contra la corrupción?

Respuesta	Cantidad
SI	20
NO	00
TOTAL	20

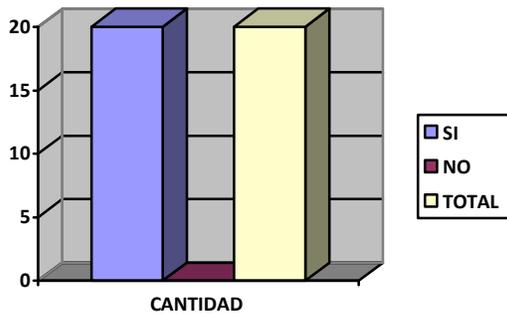


Fuente: Investigación de campo, diciembre 2007.



6. Pregunta: ¿Considera usted que el Enriquecimiento ilícito que se encuentra contenido en la convención relacionada, debe regularse en el código penal guatemalteco?

Respuesta	Cantidad
SI	20
NO	00
TOTAL	20

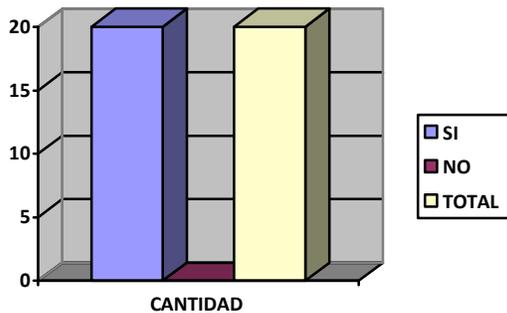


Fuente: Investigación de campo, diciembre 2007.



7. Pregunta: ¿Cree usted que por el hecho de no encontrarse regulado el delito de Enriquecimiento Ilícito en el código penal, es que en muchos casos absuelven a los funcionarios o empleados públicos implicados en actos de corrupción?

Respuesta	Cantidad
SI	20
NO	00
TOTAL	20

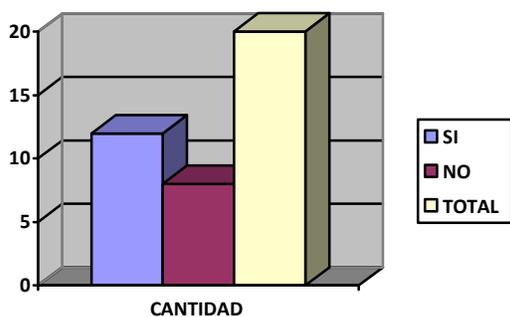


Fuente: Investigación de campo, diciembre 2007.



8. Pregunta: ¿Tiene conocimiento de la existencia de varias iniciativas de ley respecto a aplicar la Convención Interamericana contra la Corrupción?

Respuesta	Cantidad
SI	12
NO	08
TOTAL	20

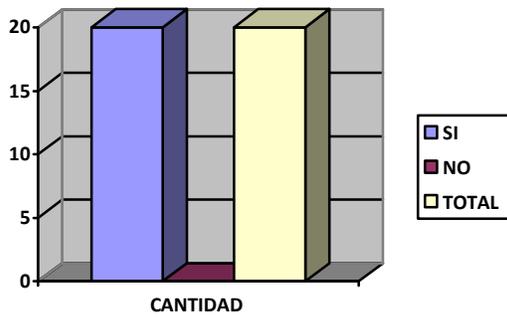


Fuente: Investigación de campo, diciembre 2007.



9. Pregunta: ¿Cree usted que es conveniente para los diputados no regular sobre el Enriquecimiento Ilícito y por eso no se ha aprobado una ley hasta en la actualidad?

Respuesta	Cantidad
SI	20
NO	00
TOTAL	20

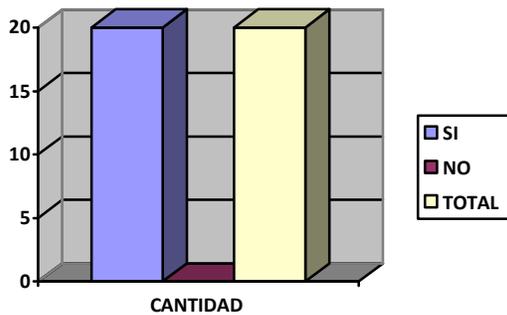


Fuente: Investigación de campo, diciembre 2007.



10. Pregunta: ¿Considera que debe existir una ley que regule el Enriquecimiento Ilícito de conformidad con la Convención Interamericana contra la Corrupción en respuesta a los compromisos o bien obligaciones del Estado de Guatemala?

Respuesta	Cantidad
SI	20
NO	00
TOTAL	20



Fuente: Investigación de campo, diciembre 2007.



BIBLIOGRAFÍA



ALCALÀ-ZAMORA, L. **Derecho procesal penal**. 2ª.ed.; Buenos Aires, Argentina: Enciclopedia Jurídica Omeba, 1945. Págs. 1280.

CARNELUTTI, Francesco. **Las miserias del proceso penal**. 1ª.ed.; Buenos Aires, Argentina: Editorial Ejea. 1959. Pàgs.535.

CARRANCA y TRUJILLO, Raúl. **Programa de derecho penal**.10ª.ed.; Bogotá, Colombia: Editorial Temis 1971. Pág. 53.

DE MATA VELA, José Francisco y DE LEON VELASCO Héctor Aníbal, **Derecho penal guatemalteco**. 6ª.ed.; Guatemala: Editorial F&G editores.1996. Págs. 708.

DE LA CUESTA AGUADO. **Culpabilidad, exigibilidad y razones para la exculpación**. 1ª.ed.; España: Editorial. Mergablum, 2004, Págs. 345,354, 533.

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO, Espasa Calpe. 7ª.ed.; España: Editorial equipo. 1992. Pág. 255.

FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal**. 2ª. ed.; Barcelona, España: Editorial Labor, S.A., 1960. Pág. 512.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. **Derecho procesal penal**. 5ª. ed.; México: Editorial Porrúa, 1974. Pág. 293.

www.microsoft.com **Enciclopedia de Consulta Encarta. 2002**

MANZINI VICENZO. **Derecho penal italiano**. 3ª. ed. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Editorial. Ediar. 1948. Pàg.563.

MONZON PAZ, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco**. 3ª.ed.; Parte Especial. Editorial. San Antonio, año 1958. Pàgs: 653.



Legislación:

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

Código Penal. Congreso de la República, Decreto número 17-72, 1973.

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

La Convención Interamericana contra la Corrupción. Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. 3 de junio de 1997.