

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

**EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS AL ESTADO  
POR EL EMPLEADO PÚBLICO**

**CAROLINA GARCÍA HERNÁNDEZ DE OVALLE**

**GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2009**

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

**EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS  
AL ESTADO POR EL EMPLEADO PÚBLICO**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**CAROLINA GARCÍA HERNÁNDEZ DE OVALLE**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, septiembre de 2009

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

|             |                                       |
|-------------|---------------------------------------|
| DECANO:     | Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana   |
| VOCAL I:    | Lic. César Landelino Franco López     |
| VOCAL II:   | Lic. Gustavo Bonilla                  |
| VOCAL III:  | Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez     |
| VOCAL V:    | Br. Gabriela María Santizo Mazariegos |
| VOCAL VI:   | Br. Marco Vinicio Villatoro López     |
| SECRETARIO: | Lic. Avidán Ortiz Orellana            |

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

|             |                                    |
|-------------|------------------------------------|
| Presidente: | Lic. Rodrigo Enrique Franco López  |
| Secretario: | Lic. David Sentes Luna             |
| Vocal:      | Lic. José Luís Vallecillos Morales |

**Segunda Fase:**

|             |                                   |
|-------------|-----------------------------------|
| Presidente: | Lic. Jorge Mario Álvarez Quiroz   |
| Secretario: | Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis |
| Vocal:      | Lic. David Sentes Luna            |

**NOTA:** “Únicamente la autora es responsable de las doctrinas sustentada y contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.)



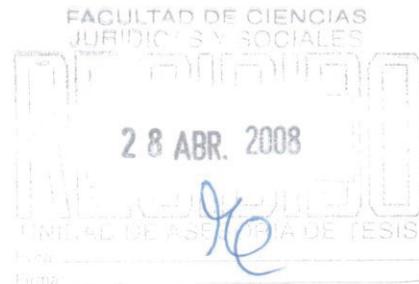
LICDA. LIGIA ANABELLA ALVARADO BATRES  
ABOGADA Y NOTARIA  
11 calle 8-14 zona 1 Oficina 3, Edificio Tecún

Guatemala, 28 de Abril de 2008

Licenciado

**Marco Tulio Castillo Lutín**

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



Licenciado Castillo Lutín:

Atentamente me dirijo a usted, para dar cumplimiento a la resolución dictada por la Dirección a su cargo con fecha veintidós de abril de dos mil ocho, por la cual se me designó como **Asesora de Tesis** de la estudiante **CAROLINA GARCÍA HERNÁNDEZ DE OVALLE**, para la realización del trabajo de Tesis Intitulado **“LOS DELITOS QUE ATENTAN CONTRA EL PATRIMONIO Y LA PROPUESTA DE INCLUIRLOS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DESJUDICIALIZADOR”**.

Me permito rendir a usted el siguiente dictamen:

- El contenido del trabajo de investigación realizado tiene las características de ser novedoso y de actualidad, el cual se refiere a la problemática jurídica y social sobre los perjuicios que ocasiona el empleado y funcionario público al pueblo de Guatemala.
- Para la presentación del informe final, se realizó una investigación bibliográfica, documental, aplicando los métodos científico, técnico, metodológico, técnicas de investigación y redacción, desarrolladas en la investigación de tesis, las que facilitaran la extracción precisa de la problemática que fuera planteada en el plan de investigación.
- En el presente trabajo se hicieron las observaciones y correcciones adecuadas, individualmente por capítulo y por último en su totalidad.
- Las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizadas aprueban el trabajo de investigación realizado, que cumple con lo establecido en el Artículo 32 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.



Por lo que emito **dictamen favorable** a efecto de que el trabajo de investigación realizado por la estudiante Carolina García Hernández de Ovalle, sea discutido en el examen público.

Atentamente.

Ligia Anabella Alvarado Batres  
Abogada y Notaria  
Licda. Ligia Anabella Alvarado Batres  
Abogada y Notaria  
Asesora  
Colegiado 6471



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, veintinueve de abril de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RODOLFO POLANCO GIL, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CAROLINA GARCÍA HERNÁNDEZ DE OVALLE, Intitulado: "LOS DELITOS QUE ATENTAN CONTRA EL PATRIMONIO Y LA PROPUESTA DE INCLUIRLOS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DESJUDICIALIZADOR"

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 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, 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 LUTIN  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis  
MTCL/sllh

LIC. LUIS RODOLFO POLANCO GIL  
ABOGADO Y NOTARIO  
12 CALLE 2-04, ZONA 9, OF. 211, 2º NIVEL, EDIFICIO PLAZA DEL SOL

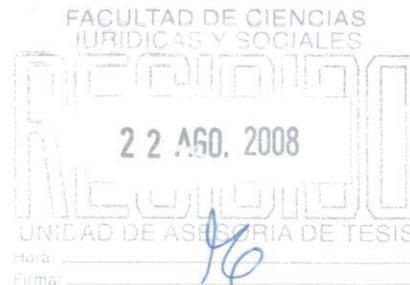


Guatemala, 19 de agosto de 2008

Licenciado

**Carlos Manuel Castro Monroy**

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



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

En cumplimiento de la resolución dictada por la Dirección a su cargo con fecha veintinueve de abril del año en curso, por la cual se me designó **Revisor de Tesis** de la estudiante **CAROLINA GARCÍA HERNÁNDEZ DE OVALLE**, en la realización del trabajo titulado **“EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS AL ESTADO POR EL EMPLEADO PÚBLICO”**. Respetuosamente me permito informar a usted lo siguiente:

Al emitir mi dictamen, le manifiesto que inicialmente se modificó el título del trabajo, intitulado **“LOS DELITOS QUE ATENTAN CONTRA EL PATRIMONIO Y LA PROPUESTA DE INCLUIRLOS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DESJUDICIALIZADOR”**, quedando en definitiva como está escrito en el primer párrafo del presente dictamen, por considerar que se adecua más al contenido de la investigación:

- Procedí a la revisión del referido trabajo, el cual se encuentra elaborado conforme la perspectiva doctrinaria y exegética de los textos legales relacionados con la disciplina.
- Las conclusiones y las recomendaciones que se vierten, son congruentes con el trayecto de la investigación.
- El trabajo realizado se desarrolló en cinco capítulos, que comprenden los aspectos más importantes del tema tratado, desarrollándose técnicamente la bibliografía consultada, la cual es adecuada y suficiente.
- En el trabajo de mérito se destaca lo relativo al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al Estado por el Empleado Público.

Considero que el trabajo realizado por la estudiante García Hernández de Ovalle, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos, que establece la normativa respectiva, así como la metodología, técnicas de investigación utilizadas y la redacción, son congruentes con los temas tratados en la presente investigación de tesis. Es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 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 y Examen General Público de Tesis, resulta procedente emitir el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, del trabajo de tesis elaborado.



Sin otro particular me suscribo de usted,  
Respetuosamente,

Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil  
Abogado y Notario  
Revisor  
Colegiado No. 3826  
*Luis Rodolfo Polanco Gil*  
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, catorce de noviembre del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CAROLINA GARCÍA HERNÁNDEZ DE OVALLE, Titulado EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS AL ESTADO POR EL EMPLEADO PÚBLICO Artículos 31, 33 Y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/ragn



## **DEDICATORIA**

**A DIOS:** Fuente inagotable de sabiduría cuya misericordia, me ha acompañado todos los días de mi vida y a sus ángeles, quienes cubren nuestra vida con multitud de bendiciones.

**A MIS PADRES:** Víctor García Estrada y Marta Alicia Hernández López de García, con amor y respeto, gracias que Dios los bendiga.

**A MI ESPOSO:** Luigui Galdino Ovalle Salguero, con amor; gracias por apoyarme.

**A MIS HIJOS:** Jessenia Adriana Carolina y Luigui Gabriel Antonio, como ejemplo para poder alcanzar las metas propuestas; los amo.

**A MIS HERMANOS:** Evangelina, Julia Isabel, Antonio, Claudia Lily y Alicia Fabiola, que Dios los bendiga.

**A LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA Y EN ESPECIAL A LA GLORIOSA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, POR HABERME ABIERTO SUS PUERTAS.**

## ÍNDICE

|  | <b>Pág.</b> |
|--|-------------|
| Introducción.....  | I           |
| <b>CAPÍTULO I</b>  |             |
| 1. Derecho penal.....  | 1           |
| 1.1. Desde el punto de vista subjetivo (lus puniendo).....           | 1           |
| 1.2. Desde el punto de vista objetivo (lus poenale).....             | 1           |
| 1.3. Definición de derecho penal.....                                | 2           |
| 1.4. Naturaleza jurídica del derecho penal.....                      | 2           |
| 1.5. Partes del derecho penal.....                                   | 2           |
| 1.6. Ramas del derecho penal.....                                    | 3           |
| 1.7. Características del derecho penal.....                          | 4           |
| 1.8. Evolución histórica del derecho penal.....                      | 5           |
| 1.8.1. Época de la venganza privada.....                             | 5           |
| 1.8.2. Época de la venganza divina.....                              | 6           |
| 1.8.3. Época de la venganza pública.....                             | 6           |
| 1.8.4. Período humanitario.....                                      | 6           |
| 1.8.5. Etapa científica.....   | 7           |
| 1.8.6. Época moderna.....  | 7           |
| 1.8.7. Crisis del derecho penal guatemalteco.....                    | 7           |
| 1.9. Relación del derecho penal con otras disciplinas jurídicas..... | 8           |
| 1.9.1. De la ley penal.....  | 9           |
| 1.9.2. Definición de la ley penal.....                               | 9           |
| 1.9.3. Obligatoriedad e igualdad.....                                | 9           |
| 1.9.4. Distintas acepciones terminológicas del delito.....           | 9           |
| 1.9.5. Definición del delito.....                                    | 10          |
| 1.9.6. Teoría del delito.....  | 11          |
| 1.9.7. La acción.....  | 11          |
| 1.9.8. La Teoría causal de la acción.....                            | 12          |
| 1.9.9. La teoría final de la acción.....                             | 12          |
| 1.9.10. Ausencia de la acción.....                                   | 13          |
| 1.10. Formas de la acción.....                                       | 14          |
| 1.10.1. Acción y resultado.....                                      | 14          |

|           |   |    |
|-----------|---|----|
| 1.10.2.   | La imputación objetiva.....   | 14 |
| 1.10.3.   | La omisión.....   | 14 |
| 1.1.10.3. | Conceptos de omisión.....   | 14 |
| 1.10.4.   | Clasificación de la omisión.....                                    | 15 |
| 1.10.5.   | La relación y la conexidad o causalidad en la omisión.....          | 16 |
| 1.10.6.   | El deber de evitar el resultado.....                                | 16 |
| 1.10.7.   | El finalismo y la concepción del delito.....                        | 16 |
| 1.11.     | Acción o conducta delictiva.....                                    | 17 |
| 1.11.1.   | Clasificación de los delitos atendiendo a las formas de acción..... | 17 |
| 1.11.2.   | Tiempo y lugar de comisión del delito.....                          | 17 |
| 1.12.     | El inter criminis.....  | 18 |
| 1.12.1.   | Fase interna.....   | 18 |
| 1.12.2.   | Fase externa.....   | 19 |
| 1.12.3.   | Delito consumado.....   | 19 |
| 1.12.4.   | Tentativa.....  | 19 |
| 1.12.4.1. | Tentativa imposible.....  | 20 |
| 1.12.4.2. | Desistimiento.....  | 20 |
| 1.13.     | La tipicidad.....   | 20 |
| 1.13.1.   | Tipo y tipicidad.....   | 20 |
| 1.13.2.   | Las funciones del tipo.....   | 20 |
| 1.13.2.1. | Función seleccionadora.....   | 20 |
| 1.13.2.2. | Función de garantía.....  | 21 |
| 1.13.2.3. | Función motivadora general.....                                     | 21 |
| 1.14.     | Tipicidad y antijuridicidad.....                                    | 21 |
| 1.14.1.   | Tipo justo.....   | 21 |
| 1.15.     | Dolo.....   | 22 |
| 1.15.1.   | Clases de dolo.....   | 22 |
| 1.16.     | El delito imprudente.....   | 22 |
| 1.17.     | La acción típica.....   | 23 |
| 1.17.1.   | El cuidado objetivo.....  | 23 |
| 1.18.     | La preterintencionalidad.....                                       | 23 |
| 1.18.1.   | La antijuridicidad.....   | 23 |
| 1.19.     | La culpabilidad en el delito.....                                   | 24 |

|  |    |
|--|----|
| 1.19.1. Elementos de la culpabilidad.....                    | 24 |
| 1.19.1.1 Imputabilidad o Capacidad de Culpabilidad.....      | 24 |
| 1.19.1.2. Conocimiento de la antijuridicidad.....            | 24 |
| 1.19.1.3. La exigibilidad de un comportamiento distinto..... | 24 |
| 1.20. Clasificación de los delitos.....                      | 25 |
| 1.20.1. Por su gravedad.....                                 | 25 |
| 1.20.2. Por su estructura.....                               | 25 |
| 1.20.3. Por su resultado.....                                | 25 |
| 1.20.4. Por su ilicitud y motivaciones.....                  | 26 |
| 1.20.5. Por la forma de acción.....                          | 26 |
| 1.20.6. Por su grado de voluntariedad o culpabilidad.....    | 26 |
| 1.21. Sujetos del delito.....                                | 27 |
| 1.22. El Estado como sujeto pasivo.....                      | 27 |
| 1.23. La responsabilidad civil derivada del delito.....      | 28 |
| 1.24. Definición de responsabilidad civil.....               | 28 |
| 1.24.1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil..... | 28 |

## **CÁPÍTULO II**

|   |    |
|---|----|
| 2. Relación histórica de los empleados públicos.....  | 29 |
| 2.1. Antecedentes.....  | 29 |
| 2.2. La base de la relación de trabajo del sector público.....                                      | 31 |
| 2.3. La relación del trabajo de los servidores públicos.....  | 31 |
| 2.4. Naturaleza del servicio público.....   | 32 |
| 2.5. Los efectos del nombramiento que origina el contrato de trabajo en el<br>servicio Público..... | 33 |
| 2.6. Principios que rigen al servidor público.....  | 33 |
| 2.7. El servidor público.....   | 35 |
| 2.8. La clasificación del servicio público.....   | 35 |
| 2.9. La clasificación de los puestos en el servicio público.....                                    | 36 |
| 2.10. Condiciones de ingreso al servicio público.....   | 37 |
| 2.11. Procedimiento de ingreso al servicio público.....   | 38 |
| 2.12. Nombramientos en el servicio público.....   | 39 |
| 2.13. Los derechos, obligaciones y provisiones de los servidores públicos.....                      | 40 |

|   |    |
|---|----|
| 2.14. Las condiciones de contratación de los servidores públicos..... | 41 |
|---|----|

### **CAPÍTULO III**

|  |    |
|--|----|
| 3. Antecedentes históricos del criterio de oportunidad.....              | 43 |
| 3.1. Oportunidad.....  | 45 |
| 3.2. Nacimiento del criterio de oportunidad.....                         | 46 |
| 3.3. Acción penal pública y principio de legalidad.....                  | 47 |
| 3.3.1. Principio de legalidad.....                                       | 48 |
| 3.4. Definiciones del criterio de oportunidad.....                       | 49 |
| 3.5. Casos en que puede aplicarse el criterio de oportunidad.....        | 49 |
| 3.6. Aplicación del criterio de oportunidad.....                         | 50 |
| 3.6.1. Procedimiento para la aplicación del criterio de oportunidad..... | 50 |
| 3.7. La corrupción y el empleado público.....                            | 51 |
| 3.8. La perspectiva de la reparación.....                                | 54 |
| 3.8.1. Perspectiva de la sobrecarga de trabajo.....                      | 55 |
| 3.8.2. Perspectiva de la búsqueda de eficiencia.....                     | 55 |
| 3.8.3. Perspectiva de la reducción de violencia.....                     | 55 |
| 3.9. Efectos de la aplicación del criterio de oportunidad.....           | 55 |

### **CAPÍTULO IV**

|   |    |
|---|----|
| 4. Responsabilidad civil.....   | 57 |
| 4.1. Diferencias de la responsabilidad civil y penal.....                   | 57 |
| 4.2. Formas de revertirse la responsabilidad civil derivada del delito..... | 58 |
| 4.2.1. Restitución.....   | 59 |
| 4.2.2. Reparación del daño.....   | 59 |
| 4.2.3. Indemnización de perjuicios.....                                     | 59 |
| 4.3. Criterio diferenciador.....  | 59 |
| 4.4. Personas civilmente responsables.....                                  | 60 |
| 4.4.1. Responsabilidad civil ex delicto.....                                | 60 |
| 4.4.2. Responsabilidad civil extra delicto.....                             | 61 |
| 4.4.3. Enriquecimiento ilícito.....   | 61 |
| 4.5. Resarcimiento.....   | 62 |
| 4.5.1. Resarcimiento del daño.....  | 62 |
| 4.6. Costas procesales.....   | 63 |
| 4.6.1. Concepto de costas.....  | 63 |

|  |    |
|--|----|
| 4.7. Orden de prelación en el pago.....                | 64 |
| 4.8. Consecuencias jurídicas del delito y víctima..... | 64 |
| 4.8.1. Compensación y conciliación.....                | 65 |
| 4.9. Análisis de la ley penal.....                     | 65 |

## **CÀPÍTULO V**

|  |           |
|--|-----------|
| 5. Delitos cometidos por empleado y funcionario público en otros países..... | 67        |
| 5.1. Chile.....  | 67        |
| 5.2. México.....   | 67        |
| 5.3. Honduras.....   | 68        |
| 5.4. El Salvador.....  | 68        |
| 5.5. Colombia.....   | 68        |
| 5.6. Bolivia.....  | 69        |
| 5.7. Republica Dominicana.....   | 69        |
| 5.8. Uruguay.....  | 70        |
| 5.9. Análisis de la Legislación Comparada.....                               | 71        |
| 5.10. Peculado en Argentina.....   | 71        |
| 5.10.1. Bien Jurídico.....   | 72        |
| 5.11. Perjuicio Patrimonial.....   | 73        |
| 5.12. Funcionario público en España.....                                     | 74        |
| 5.12.1. Régimen estatutario del funcionario.....                             | 74        |
| 5.12.2. Funcionarios interinos.....  | 74        |
| 5.12.3. Personal eventual.....   | 75        |
| 5.13. Contratación pública.....  | 76        |
| 5.13.1. Diferencias entre los nombramientos del personal.....                | 77        |
| 5.13.2. Derechos.....  | 80        |
| 5.13.3. Derechos individuales.....   | 80        |
| 5.13.4. Derechos de ejercicio colectivo.....                                 | 82        |
| 5.13.5. Situaciones administrativas.....                                     | 82        |
| 5.13.6. Extinción.....   | 84        |
| <b>CONCLUSIONES</b> .....  | <b>85</b> |
| <b>RECOMENDACIONES</b> .....   | <b>87</b> |
| <b>BIBLIOGRAFIA</b> .....  | <b>89</b> |

## INTRODUCCIÓN

En la búsqueda de un problema jurídico social de trascendencia para la comunidad y en consecuencia para el país, encontré en el delito de apropiación y retención indebida ocasionado por el empleado y funcionario público donde debe aplicarse el criterio de oportunidad y con ello el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al Estado, en lugar de una pena de prisión, garantizando la devolución o el pago sobre el hecho delictivo.

En la actualidad existe dentro de la administración pública, mucha corrupción por parte del funcionario y empleado público, tal como cometer hechos ilícitos, como apropiarse del dinero del pueblo y obtener enriquecimiento ilícito, dejando cada vez más en decadencia a todo un pueblo que confía y deposita en el empleado público el hacer social, con el que se debería de cumplir infinidad de beneficios, por el contrario le ocasionan más gasto al pueblo, cuando son detenidos y encarcelados, por que hay que mantenerlos en centros penales en donde se irrogan gastos: de procesos judiciales, administrativos, policiales, etc., por dos o tres años, según la pena a establecerse.

El funcionario y empleado público sigue cometiendo actos de corrupción en sus funciones debido a hasta el momento a ninguno se le ha obligado a que devuelva el dinero que se apropió, a que pague los daños y perjuicios ocasionados y mucho menos ha sido denunciado penalmente.

Es necesario determinar que a los empleados y funcionarios públicos que cometan el delito de apropiación y retención indebida debe aplicárseles el criterio de oportunidad, restituyendo los daños y perjuicios ocasionados al Estado.

El capítulo primero, contiene principios, doctrinas, definiciones y objetivos, que persigue el derecho penal moderno, su naturaleza jurídica y característica; el capítulo segundo, contiene relación histórica de los empleados, base de la relación del trabajo de los servidores públicos, naturaleza jurídica, el nombramiento que origina el contrato de

trabajo del servidor público, derechos y obligaciones; el capítulo tercero, antecedentes históricos del criterio de oportunidad, definición, aplicación, procedimiento y efectos del criterio de oportunidad y; el cuarto capítulo, se refiere a la reparación del daño, personas responsables, resarcimiento de daños y perjuicios, enriquecimiento ilícito y costas procesales.

# CAPÍTULO I

## **1. Derecho penal**

Es la rama más importante entre todas las disciplinas de la enciclopedia jurídica, por sus relaciones morales, bien por las políticas, todo progreso de la disciplina penal es un beneficio para la humanidad, por ello economiza sufrimientos y sobre todo secunda la marca del hombre hacia un desenvolvimiento moral.

Tradicionalmente se ha definido al derecho penal en forma bipartita, desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo.

### **1.1. Desde el punto de vista subjetivo (Ius Puniendi)**

Es la facultad de castigar que tiene el Estado como único ente soberano; es el derecho del Estado a determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso, ninguna persona individual o jurídica, puede arrogarse dicha actividad que viene a ser un monopolio de la soberanía del Estado.

### **1.2. Desde el punto de vista objetivo (Ius Poenale)**

Es el conjunto de normas jurídicos-penales que regulan la actividad punitiva del Estado, que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a la vez como un dispositivo legal que limita la facultad de castigar, a través del principio de legalidad, de defensa o de reserva que contiene nuestro Código Penal en el Artículo 1 ( Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege ) que se complementa con el Artículo 7 del mismo cuerpo legal (Exclusión de Analogía).

### **1.3. Definiciones de derecho penal**

“Derecho Penal Sustantivo o Material, como también se le denomina, parte del derecho compuesto por un conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y/o las medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometen.” <sup>1</sup>

“Derecho Penal, disciplina que determina el contenido de las facultadas que corresponden al Estado como sujeto de la actividad punitiva.” <sup>2</sup>

“Derecho Penal es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocia al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia.” <sup>3</sup>

“Derecho Penal, es el conjunto de normas jurídicas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece.” <sup>4</sup>

### **1.4. Naturaleza jurídica del derecho penal**

El derecho penal es una rama del derecho público interno que tiende a proteger intereses individuales y colectivos (públicos y sociales) siendo su naturaleza jurídica pública.

### **1.5. Partes del derecho penal**

El derecho penal o la disciplina del derecho penal, para su estudio se ha dividido tradicionalmente en dos partes:

---

<sup>1</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal; De Mata Vela, José Francisco, **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 5

<sup>2</sup>Ibid, pág. 5

<sup>3</sup>Ibid, pág. 5

<sup>4</sup>Ibid, pág. 5

- a) Parte General. Se ocupa de las distintas instituciones, conceptos, principios, categorías y doctrinas relativas al delito, al delinciente, a las penas y las medidas de seguridad;
- b) Parte Especial. Se ocupa de los ilícitos penales (delitos y faltas) de las penas y las medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes lo cometen.

### **1.6. Ramas del derecho penal**

Desde el punto de vista amplio (Lato Sensu) se ha dividido en tres ramas:

- a) Derecho Penal Material o Sustantivo, se refiere a la sustancia misma que conforma el objeto de estudio de la ciencia del derecho penal, como es el delito, el delinciente, la pena y las medidas de seguridad, legalmente contemplado en el Decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal vigente y otras leyes penales de tipo especial;
- b) Derecho Penal Procesal o Adjetivo, busca la aplicación de las leyes del derecho penal sustantivo a través de un proceso, para llegar a la emisión de una sentencia, legalmente se manifiesta en el Decreto 51-92 del Congreso de la República, Código Procesal Penal vigente;
- c) Derecho Penal Ejecutivo o Penitenciario, conjunto de normas doctrinas que tienden a regular la ejecución de la pena en los centros penales o penitenciarios destinados para tal efecto; en nuestro país no se encuentra codificado, lo que existe son normas reglamentarias de tipo carcelario.

## 1.7. Características del derecho penal

- a) Es una disciplina social y cultural, en el campo del conocimiento científico se divide en dos ciencias: las ciencias naturales y las ciencias sociales o culturales por el otro lado.
- b) Es normativo, como toda rama del derecho está compuesta por normas jurídicas penales, que son normas que contienen mandatos o prohibiciones que regulan la conducta humana.
- c) Es de carácter positivo, porque es fundamentalmente jurídico ya que el derecho penal vigente es solamente aquél que el Estado ha promulgado con ese carácter.
- d) Pertenece al derecho público, porque siendo el Estado único titular del derecho Penal solamente a él corresponde la facultad de establecer delitos y la penas o medidas de seguridad correspondientes.
- e) Es valorativo, toda norma presupone una valoración, el derecho penal es valorativo en cuanto que califica los actos humanos con arreglo a una valoración, valora la conducta de los hombres.
- f) Es finalista, porque siendo una disciplina teleológica, su fin primordial es resguardar el orden jurídicamente establecido, a través de la protección contra el crimen.
- g) Es fundamentalmente sancionador, el derecho penal se ha caracterizado, como su nombre lo indica, por castigar, reprimir, imponer una pena con carácter retributivo a la comisión de un delito, mientras exista el derecho penal, no puede dejar de ser sancionador porque jamás podrá prescindir de la aplicación de la pena.
- h) Debe ser preventivo y rehabilitador, el derecho penal deja de ser eminentemente sancionador y da paso a una nueva característica, la de ser preventivo, rehabilitador, reeducador y reformador del delincuente, es decir, que además de sancionar, debe pretender la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente.

## **1.8. Evolución histórica del derecho penal**

Las ideas penales han evolucionado a la par de la sociedad. Las expresiones humanas, el trato diario de unos con otros, exterioriza la conducta que el hombre realiza, acciones u omisiones que le permiten expresarse, es decir, actúa o se abstiene de actuar según su voluntad, estas acciones u omisiones cuando son inofensivas son aceptadas y permitidas por el Estado, sin embargo, cuando estas acciones u omisiones dañan o ponen en peligro un interés jurídicamente tutelado, son reprobadas y reprimidas por el derecho penal en nombre del Estado y de una sociedad jurídicamente organizada. El devenir histórico de las ideas penales y la función de castigar han tenido diversos fundamentos en diferentes épocas.

### **1.81. Época de la venganza privada**

La venganza particular se ha tomado como el inicio de la retribución penal, la época de la venganza privada es la época bárbara, puesto que se accede al impulso de un instinto de defensa, en esta época no se encontraba organizada jurídicamente la sociedad; es decir, no se encontraba organizado el Estado, cada quién se hacía justicia por su propia mano, dando origen a graves males y sangrientas guerras privadas que produjeron el exterminio de numerosas familias, para evitar las perniciosas consecuencias de una reacción ilimitada, fue creada por la Ley del Tali3n, reconociendo el grupo o la colectividad que el ofendido s3lo ten3a derecho de una venganza de igual magnitud al mal sufrido, ojo por ojo, diente por diente. Adem3s de la Ley del Tali3n, aparece como otra limitaci3n de la venganza privada, la composici3n, a trav3s de la cual el ofensor o su familia entregaban al ofendido y los suyos cierta cantidad para que estos no ejercitaran el derecho de venganza.

### **1.8.2. Época de la venganza divina**

Es la época teocrática, la justicia penal se ejercitaba en el nombre de Dios, los jueces juzgan en su nombre, generalmente eran sacerdotes, los que representando a la voluntad divina administraban justicia. Es el espíritu del derecho penal del antiquísimo pueblo hebreo.

### **1.8.3. Época de la venganza pública**

Aquí el poder público es representado por el Estado, se ejerce la venganza en nombre de la colectividad o de los individuos, cuyos bienes jurídicos han sido lesionados o puestos en peligro. Se caracterizó por la aplicación de penas inhumanas y totalmente desproporcionadas con relación al daño causado, la pena era sinónimo de tormento, se castigaba con severidad y crueldad, aun hechos que hoy día son indiferentes como los delitos de magia y hechicería, eran juzgados por tribunales especiales con rigor humano. Esta etapa constituye uno de los episodios más sangrientos del derecho penal europeo, especialmente en los siglos XV al XVIII. La pena para ciertos delitos trascendía a los descendientes del reo, ni la tranquilidad de las tumbas se respetaba. En la administración de justicia reinaba una completa desigualdad, a los nobles y poderosos se les imponían las penas más suaves; los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley e incluso podían incriminar hechos no penados como delitos.

### **1.8.4. Período humanitario**

Esta etapa comienza a fines del siglo XVIII con la corriente intelectual del iluminismo, su precursor fue el milanés Cesar Bonesana, el Márques de Beccaria, que publicó su famosa obra denominada del delitti e delle pene (De los delitos y de las penas) se pronunció abiertamente contra el tormento de la pena para castigar los delitos cometidos; el fin de las penas dijo, no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni

deshacer un delito ya cometido, el fin no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales.

#### **1.8.5. Etapa científica**

Se considera que se inicia con la obra de César Bonesana, el Márques de Beccaria, subsiste hasta la crisis del derecho penal clásico con el acaecimiento de la escuela positivista. En este período el derecho penal sufre una profunda transformación a causa de la irrupción de las ciencias penales. Enrico Ferri, estudia la etiología de la delincuencia y pone de relieve el influjo de los factores individuales, antropológicos, físicos y sociales en los que se condensa la etiología de la criminalidad, dejando de considerar el delito como una entidad jurídica, para convertirse en una manifestación de la personalidad del delincuente. La pena deja de tener un fin puramente retributivo y se convierte en un medio de corrección social o de defensa social.

#### **1.8.6. Época moderna**

El criterio en toda la doctrina en cuanto que el derecho penal es una ciencia eminentemente jurídica, para tratar los temas eminentemente jurídicos, problemas relativos al delito, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad.

Mientras que las ciencias penales o criminológicas, que tienen el mismo objeto de estudio, lo deben hacer desde el punto de vista antropológico y sociológico.

#### **1.8.7. Crisis del derecho penal guatemalteco**

La crisis del derecho penal guatemalteco, es producto inevitable de la crisis del derecho penal contemporáneo, pero en principio es consecuencia de situaciones jurídicas propias que muchas veces ni siquiera se han intentado resolver.

En la historia jurídica de Guatemala, se puede contar la promulgación de cinco Códigos penales, a la fecha: El primero se promulgó en 1834 durante el gobierno del doctor

Mariano Gálvez; el segundo en 1877 durante el gobierno del general Justo Rufino Barrios; el tercero en 1889 durante el gobierno del general Manuel Lisandro Barillas; el cuarto en 1936 durante el gobierno de del general Jorge Ubico y el quinto que es el que actualmente nos rige, entró en vigencia el 1de enero de 1974 durante el gobierno del general Carlos Arana Osorio.

El Código Penal actual, introdujo algunos avances técnicos como el principio de legalidad, principio de retroactividad de la ley penal favorable al reo y otros, indiscutiblemente presenta una estructura institucional y delictiva mucho más técnica.

### **1.9. Relación del derecho penal con otras disciplinas jurídicas**

- a) Con el derecho constitucional, porque tiene su fundamento en la Constitución Política de la República de Guatemala, establece garantías a que debe sujetarse el derecho penal.
- b) Con el derecho civil, siendo éste de carácter reparatorio, aspira a destruir el estado antijurídico creado, a anular los actos antijurídicos y a reparar los daños causados.
- c) Con el derecho internacional, debido a que tiene estrecha relación con el derecho penal interno de cada país, en temas y problemas que le son propios como el conflicto de leyes en el espacio, la extradición, la reincidencia internacional, el reconocimiento de sentencias dictadas en el extranjero, etc.
- d) Con la legislación comparada, se refiere al estudio y análisis de las legislaciones de diversos países, que se han convertido en un medio importante para adoptar leyes e instituciones que mayor éxito han alcanzado en la lucha contra la criminalidad.

### **1.9.1. De la ley penal**

### **1.9.2. Definición de la ley penal**

Disposición por la que el Estado crea derecho con carácter de generalidad, estableciendo las penas correspondientes a los delitos y las faltas, que determinan las responsabilidades o las exenciones y establece las penas o medidas de seguridad que corresponden a las figuras delictivas.

### **1.9.3. Obligatoriedad e igualdad**

La ley penal rige para todas las personas naturales o jurídicas que habitan un país y todos tiene la obligación de acatarla, sin discriminación de sexo, raza, color, religión, nacimiento, posición económica, social o política, lo cual conlleva a la igualdad de todas las personas frente a la ley penal.

### **1.9.4. Distintas acepciones terminológicas del delito**

a) Fue en Roma donde aparece por primera vez la valoración subjetiva del delito; es decir, juzgando la conducta antijurídica atendiendo a la intención (dolosa o culposa) del agente. En la primigenia Roma se habló de noxa o noxia que significa daño, apareciendo después los términos flagitium, scelus, facinus, crimen, delictum, fraus y otros; teniendo mayor aceptación hasta la Edad Media los términos crimen y delictum; el primero para identificar a las infracciones o delitos revestidos de mayor gravedad y castigados con mayor pena y el segundo para señalar una infracción leve, con menos penalidad. Actualmente en el derecho penal moderno y especialmente en nuestro medio, se habla de: delito, crimen, infracción penal, hecho o acto punible, conducta delictiva, acto o hecho antijurídico, hecho o acto delictuoso, ilícito penal, hecho penal, hecho criminal, contravenciones o faltas. Con respecto a esta terminología la técnica moderna plantea dos sistemas:

- b) El sistema bipártito que emplea un solo término para las trasgresiones a la ley penal, graves o menos graves, utilizándose la expresión delito en las legislaciones latinas e hispanoamericanas y crimen en las legislaciones europeas, principalmente germanas e italianas; se emplea el término falta o contravención para designar las infracciones leves a la ley penal, castigadas con menor penalidad que los delitos o crímenes.
- c) Este segundo sistema utiliza un solo término para designar todas las infracciones o trasgresiones a la ley penal, graves, menos graves o leves (crímenes o delitos y faltas o contravenciones).

Tomando en consideración la división que plantea el Código penal vigente en Guatemala, podemos afirmar que se adscribe el sistema bipártito al clasificar las infracciones a la ley penal del Estado en delitos y faltas.

#### **1.9.5. Definición de delito**

El Código penal guatemalteco, al igual que muchos Códigos, no nos da una definición de delito. Sin embargo, la doctrina ha realizado numerosas definiciones. Se clasifica en tres grupos:

- a) “formal: delito es aquello que la ley describe como toda conducta que el legislador sanciona con una pena”.
- b) “sustancial: delito es el comportamiento humano que, a juicio del legislador, compromete las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad y exige como respuesta una sanción penal”. Esta definición no explica que motivos impulsan al legislador a sancionar unas conductas y otras, no dice mucho sobre el delito en concreto;<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup>González Cahuapé-Cazaux, Eduardo. **Teoría del delito**. Pág. 25.

c) “dogmática: delito es la acción o (conducta) típica, antijurídica y culpable. Esta definición nos aclara que conductas son delictivas”.

### **1.9.6. Teoría del delito**

Podemos definir la teoría del delito, como la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general y cuáles son las características que ha de tener cualquier delito.

El interés no es tan solo doctrinario o filosófico sino que tiene una finalidad eminentemente práctica. De esta manera, el juez, el fiscal o el abogado que se encuentre frente a un hecho concreto, tendrá que tener estos conocimientos para poder dilucidar si se encuentran ante un hecho que constituye un delito o por ejemplo, ante una acción típica pero amparada por una causa de justificación. No basta preguntarse si hubo delito, hay que ir analizando una a una todas las características. La teoría del delito está estratificada, porque contiene diferentes criterios para poder determinarse.

### **1.9.7. La acción**

La teoría del delito tiene que partir del comportamiento humano. “El origen de la reacción jurídico penal será siempre una conducta humana. La exigencia de un derecho penal de acto y no de autor, hace que sólo la conducta humana traducida en actos externos pueda ser calificada como delito y motivar una reacción penal. Por todo ello no podrán constituir delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la intención de delinquir, si ésta no se traduce en actos externos. Asimismo, tampoco serán delictivos los actos cometidos por animales, ni los sucesos puramente causales, como los fenómenos de la naturaleza.”<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Ibid. Pag 25

### **1.9.8. La teoría causal de la acción**

Esta teoría dominó la ciencia penal alemana desde principios de este siglo, siendo Von Liszt y Mezger los representantes de esta tendencia. Para las teorías causales, la acción es la conducta humana voluntaria. La acción es un puro proceso causal. Será acción el iniciar voluntariamente un curso causal. Lo que hacen los causalistas es tomar un concepto normativo de acción, es decir, un concepto creado por el derecho penal. Son autores casualistas Cuello Calón, Puig Peña. Carlos Creus, Soler, Rodríguez Devesa, Jiménez de Asúa.

### **1.9.9. La teoría final de la acción**

- a) Concepto: surgió como reacción a las teorías causalistas, en Alemania. Para el finalismo, acción es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana dirigido a la consecución de un fin. A diferencia de los causalistas, los finalistas entienden que no se concibe un acto de voluntad que no vaya dirigido a un fin. La acción humana regida por la voluntad es siempre una acción final.
- b) La estructura de la acción: El comportamiento humano, como conducta, constituye un todo. Sin embargo, en el plano teórico es posible considerar en ella dos aspectos el interno y el externo.
- c) La fase interna: es la que se da en el pensamiento del autor. El autor piensa el fin al que quiere llegar, los medios de los que dispone y los efectos concomitantes que van a producir dichos medios. Los efectos concomitantes pueden hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechace alguno de los medios. Una vez que admita los efectos concomitantes estos también pertenecen a la acción.
- d) La fase externa: una vez propuesto el fin, seleccionados los medios y ponderados los efectos concomitantes, el autor pone en marcha el proceso causal, dominado por

la finalidad. Frente a la causalidad ciega de los causalistas aquí aparece una causalidad vidente.

- e) Estados de inconsciencia: No habrá acción penalmente relevante en los estados de inconsciencia, independientemente que su origen sea natural (sueño) o por drogas. Aquí al igual que en la fuerza exterior, tendrá más importancia en los delitos de omisión. Sin embargo, podrán darse situaciones de inconsciencia penalmente relevantes. Básicamente se dará en los casos en los que la inconsciencia se debe a un actuar previo, doloso o imprudente.

#### **1.9.10. Ausencia de la acción**

Cuando la voluntad falta no hay acción penalmente relevante, como en los casos siguientes:

- a) Fuerza irresistible, regulada en el Artículo 25 numeral 2º del Código Penal. Indica que la fuerza irresistible es una causa de inculpabilidad o sea que en este caso lo toma como ausencia de voluntad.
- b) Movimientos reflejos, los reflejos físicos o movimientos instintivos constituyen acción, pues tales movimientos no están controlados por la voluntad.
- c) Estados de inconsciencia, algunos estados de inconsciencia, sin embargo pueden ser considerados como acción, si la misma fue buscada de propósito (acciones liberae in causa) en estos casos lo penalmente relevante es el actuar precedente.

## **1.10. Formas de la acción**

### **1.10.1. La acción y resultado**

Al realizarse una acción penalmente relevante, generalmente se modifica una situación en el mundo exterior. Así, la acción como manifestación de la voluntad, produce siempre un resultado en el mundo externo. Existe siempre una conexidad entre la acción y el resultado. Cuando el resultado no se produce, a pesar de la voluntad y los medios puestos en ello, se da solamente la tentativa. De tal suerte, que la acción y el resultado son dos cosas distintas.

### **1.10.2. La imputación objetiva**

En los delitos de resultado siempre hay una relación de causalidad entre acción y resultado, es decir, una relación que permite, en el ámbito objetivo, “la imputación del resultado producido, al autor de la conducta que lo causa”. O sea que la relación entre acción y resultado se denomina imputación objetiva del resultado.<sup>7</sup>

### **1.10.3. La omisión**

#### **1.10.3.1. Conceptos de omisión**

El actuar pasivo puede ser penalmente relevante, ya que el derecho penal contiene no sólo normas prohibitivas, sino también normas imperativas. Es decir no sólo se prohíben comportamientos sino que también se obliga a la realización de ciertas conductas.

En los delitos de omisión lo que se castiga es la no realización de la conducta esperada. Omisión no es sinónimo de pasividad. Omisión no es no hacer nada, no hacer lo que se tuvo que hacer.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup>De León Velasco, **Ob.Cit.** Pág. 136.

<sup>8</sup>González De la Vega, **Ob.Cit.**; Pág.65.

El deber que se infringe al realizar un comportamiento omisivo no es deber moral o social, sino legal. “En todo delito siempre se infringe el deber de respetar un bien jurídico. Sin embargo en los delitos omisivos, éste deber se incumple por no realizar la acción esperada.”<sup>9</sup>

#### **1.10.4. Clasificación de la omisión**

Los delitos de omisión se clasifican en delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia o comisión por omisión.

- a) Delitos de pura omisión, en ellos se castiga la omisión del deber de actuar; por ejemplo: el delito de omisión de auxilio, Artículo 156 del Código Penal.
- b) Delitos de omisión con un resultado, en ellos la omisión se conecta a un resultado; por ejemplo: cuando la ley castiga a quien consintiere, entendiéndose en tal caso por consentir, la inactividad que falta al cumplimiento de un deber jurídico; ejemplo: el peculado.
- c) Delitos impropios de omisión o de comisión por omisión, según nuestra ley vigente. “En ellos la omisión se conecta a un resultado prohibido, pero en el tipo legal no se menciona expresamente la forma de comisión omisiva.” En estos casos la omisión del deber jurídico produce un resultado como que si el sujeto en realidad hubiese actuado.”

---

<sup>9</sup>De León Velasco, **Ob.Cit.** Pág. 137.

### **1.10.5. La relación de conexidad o causalidad en la omisión**

En los delitos de omisión impropia, es la posibilidad que tuvo el sujeto de evitar un resultado; es decir, que si el sujeto hubiere realizado la acción esperada, el resultado no se hubiere producido. Para resolver tales problemas son útiles las teorías de la adecuación, ya mencionadas y las del incremento del riesgo y del fin de la protección de la norma.

### **1.10.6. El deber de evitar el resultado**

No basta con que el resultado se produzca, es necesario que el sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado, ésta es la llamada posición de garante, que convierte al sujeto en garante de que el resultado no se producirá. Sólo aquellas personas que tienen una especial vinculación con el bien jurídico protegido, pueden ser consideradas garantes de la integridad del mismo.

### **1.10.7. El finalismo y la concepción del delito**

La característica final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse, por tanto fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan.

En virtud de su saber causal previo, puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo hace finalmente, mientras que el saber causal no está dirigido desde el fin, sino que resulta de los componentes causales de cada caso. Por eso la finalidad es vidente y la causalidad es ciega.

La tipicidad recoge la estructura final de la acción, por eso el dolo debe pertenecer a la tipicidad, que contiene un aspecto objetivo (los elementos descriptivos y normativos) y uno subjetivo (el dolo). La antijuridicidad es un elemento valorativo u objetivo -

valorativo que encierra elementos subjetivos, ya que las causas de justificación tienen como base una acción final.

### **1.11. Acción o conducta delictiva**

La conducta humana, como presupuesto indispensable, para la creación formal de todas las figuras delictivas, suele operar de dos maneras distintas (obrar activo y obrar pasivo).

#### **1.11.1. Clasificación de los delitos atendiendo a las formas de acción**

- a) Delitos de acción o comisión. En ellos la conducta humana consiste en hacer algo (en la realización de un movimiento corporal) que infringe una ley prohibitiva.
- b) Delitos de pura omisión (omisión propia). En ellos la conducta humana consiste en no hacer algo, infringiendo una ley preceptiva, que ordena hacer algo.
- c) Delitos de comisión por omisión (omisión impropia). En ellos la conducta humana infringe una ley prohibitiva, mediante la infracción de una ley preceptiva, es decir son delitos de acción cometidos mediante una omisión.
- d) Delitos de pura actividad. Son aquellos contrarios a los del resultado o materiales, que no requieren de un cambio efectivo en el mundo exterior.

#### **1.11.2. Tiempo y lugar de comisión del delito**

El delito se considera realizado en el momento en que se ha ejecutado la acción. En los delitos de omisión en el momento en que debió realizarse la acción omitida. El Artículo 18 del Código Penal establece: “Quien omite impedir un resultado que tiene el deber jurídico de evitar, responderá como si lo hubiera producido.” El momento de comisión del delito es importante para determinar la ley aplicable al mismo. El Artículo 20 del

Código Penal establece: “Lugar del delito. El delito se considera realizado en el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado y en los delitos de omisión, en el lugar donde debió cumplirse la acción omitida.”

Para juzgar los delitos cometidos, en ese sentido el delito se considera cometido en primer término en el lugar donde se realizó la acción en todo o en parte y si por cualquier razón no se puede establecer éste, se considera cometido en el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado, en los delitos de omisión en el preciso lugar donde debió realizarse la acción omitida.

La legislación guatemalteca en este sentido adopta la teoría mixta, denominada también del conjunto o de la ubicuidad, según esta teoría ha de tomarse en cuenta tanto el lugar donde se desarrolló la acción, como el lugar donde se produce el resultado.

## **1.12. El inter criminis**

En el derecho penal se conoce con el nombre de inter criminis, a la vida del delito, desde que nace en la mente de su autor hasta la consumación. “El inter criminis o camino del crimen que se traduce en el viacrucis del delincuente, está constituido por una serie de etapas desde que se concibe la idea de cometer el delito hasta que el criminal logra conseguir lo que se ha propuesto, dichas etapas pueden o no tener repercusión jurídica penal, para su estudio se a dividido en dos: fase interna y la fase externa del inter criminis.”<sup>10</sup>

### **1.12.1. Fase interna**

Conformada por las llamadas violaciones criminales, que no son más que ideas delictivas nacidas en la mente del sujeto activo. Este estudio del inter criminis se funda en el principio de cogitationis poenam temo patitur, el cual significa que el pensamiento no delinque.

---

<sup>10</sup>De León, **Ob.Cit;** pág. 144

### **1.12.2. Fase externa**

Comienza cuando el sujeto activo exterioriza la conducta tramada durante la fase interna, en este momento principia a atacar o a poner en peligro un bien jurídico protegido, a través de su resolución criminal manifiesta. El Código Penal reconoce dos formas de resolución criminal, el Artículo 17 expresa: “Conspiración y proposición. Hay conspiración, cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo.”

“Hay proposición, cuando el que ha resuelto cometer un delito, invita a otra persona u otras personas a ejecutarlo. La conspiración, la proposición, la provocación, la instigación y la inducción para cometer un delito, sólo son punibles en los casos en que la ley lo determine expresamente.”

### **1.12.3. Delito consumado**

Según el Artículo 13 del Código Penal. El delito es consumado, cuando concurren todos los elementos de su tipificación. Entonces el delito se considera consumado y se sanciona de acuerdo al Artículo 62 del Código Penal.

### **1.12.4. Tentativa**

Hay tentativa, cuando con el fin de cometer un delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente.

Esto quiere decir que en la tentativa, el sujeto activo mantiene la finalidad de cometer el delito, esta finalidad se identifica plenamente con la intencionalidad, de tal manera que sólo cabe en los delitos dolosos, ya que en los delitos culposos existe ausencia de voluntad intencional.

#### **1.12.4.1. Tentativa imposible**

Si la tentativa se efectuare con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza, que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible, el autor solamente quedará sujeto a medidas de seguridad. En este caso la ley supone evidentemente un indicio de peligrosidad en el sujeto activo y ordena las medidas de seguridad.

#### **1.12.4.2. Desistimiento**

Cuando comenzada la ejecución de un delito, el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos necesarios para consumarlo. Sólo se aplicará sanción por los actos ejecutados, si estos constituyen delitos por sí mismos.

### **1.13. La tipicidad**

#### **1.13.1. Tipo y tipicidad**

“Podemos definir tipo penal como la descripción de una conducta prohibida por una norma. La tipicidad es la adecuación de un hecho a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal”.<sup>11</sup>

#### **1.13.2. Las funciones del tipo**

##### **1.13.2.1. Función seleccionadora**

De todas las acciones antijurídicas, el ordenamiento selecciona las más intolerables y lesivas para los bienes jurídicos más importantes. Para que una acción sea delito, es necesario que se describa en la ley penal.

---

<sup>11</sup>González De la Vega, **Ob.Cit**; pág. 3.

### **1.13.2.2. Función de garantía**

Su fundamento se encuentra en el principio de legalidad; por ello sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tal. Sólo los comportamientos subsumibles en el tipo pueden ser penalmente relevantes.

### **1.13.2.3. Función motivadora general**

Con la descripción de los comportamientos en el tipo penal el legislador indica a los ciudadanos que comportamientos están prohibidos y espera que con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida. Esta función está claramente relacionada con la teoría de prevención general sobre los fines de la pena.

## **1.14. Tipicidad y antijuridicidad**

La antijuridicidad es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico. El concepto de antijurídico es un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico: lo que es antijurídico para el derecho penal lo es también para el derecho civil.

### **1.14.1. Tipo Justo**

Acción típica y antijurídica, existen dos posturas frente a la relación entre tipo y antijuridicidad:

- a) Función iniciadora del tipo: La tipicidad será un indicio de antijuridicidad. Actúa de igual manera, si estamos ante una acción típica, posiblemente sea antijurídica, aunque no siempre.

- b) Teoría de los elementos negativos del tipo: Las causas de justificación, excluyen la tipicidad. Por ello, suelen definir el delito como la acción típicamente antijurídica y culpable.

### **1.15. Dolo**

El dolo es el querer del resultado típico. Es una voluntad determinada que presupone un conocimiento determinado. Representación y voluntad son elementos del dolo. Aspectos del dolo: Cognoscitivo; querer o conativo. La sola posibilidad de conocimiento no pertenece al dolo. El dolo requiere siempre cierto grado de actualización del conocimiento. El grado de actualización que requiere el dolo no exige siempre un pensar en ello. Hay dolo tanto cuando el sujeto conoce la antijuridicidad como cuando no le importa si su conducta es antijurídica. Es dolosa la conducta del que sabe que está prohibido algo como del que lo sospecha y no pone interés en averiguarlo.

#### **1.15.1. Clases de dolo**

- a) Dolo directo, el sujeto quiere realizar precisamente el resultado prohibido en el tipo.
- b) Dolo indirecto en que el autor no quiere una de las consecuencias pero la admite como unidad al resultado final.
- c) Dolo eventual, consiste en que el sujeto se representa el resultado como probable producción, es una categoría entre el dolo y la imprudencia.

### **1.16. El delito imprudente**

El delito imprudente ofrece particularidades, la observancia del deber objetivo de cuidado. Determinar a quien incumbe el deber objetivo de cuidado, es decir, a quien incumbe actuar con la diligencia debida, es el punto central en el delito imprudente, no todos los casos en que se actúa imprudentemente son castigados por el derecho penal.

El principio de intervención mínima, obliga al Estado a seleccionar aquellos casos que afectan bienes jurídicos fundamentales, castigando tales imprudencias.

### **1.17. La acción típica**

Consiste en la divergencia entre la acción realmente efectuada y la que debió realizarse en virtud del deber objetivo de cuidado.

#### **1.17.1. El cuidado objetivo**

Consiste en el cuidado requerido en la vida de relación social, que se pone regularmente en las actuaciones, lo que supone un juicio normativo que surge de la comparación entre la conducta que hubiere seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor y la observada por el autor realmente.

### **1.18. La preterintencionalidad**

Es una tercera fuente de imputación, distinta a la dolosa y a la imprudente. Su origen se encuentra en el principio *versari in re illicita* que procede del derecho canónico medieval, este principio confería responsabilidad al autor de un hecho aunque el resultado fuera totalmente alejando de la finalidad que perseguía.

#### **1.18.1. La antijuridicidad**

Es la relación de oposición entre conducta humana y la norma penal o bien la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico penal establecido previamente por el Estado o sea la acción que encierra una conducta antisocial que tiende a lesionar o a poner en peligro un bien jurídico tutelado por el Estado.

## **1.19. La culpabilidad en el delito**

La culpabilidad debe verse con referencia a la sociedad, tiene un fundamento sociológico; no psicológico.

La capacidad del ser humano para reaccionar ante las exigencias normativas, derivadas de la prevención general, es lo fundamental y permite la atribución de una acción a un sujeto, determinando su responsabilidad por la acción realizada, esto es culpabilidad.

### **1.19.1. Elementos de la culpabilidad**

#### **1.19.1.1. Imputabilidad o capacidad de culpabilidad**

El ser sujeto del derecho penal, esto es, madurez tanto física como psíquica para poder motivarse conforme la norma penal; sin ella no puede hablarse de culpabilidad.

#### **1.19.1.2. Conocimiento de la antijuridicidad**

Si el individuo puede conocer aunque sea a grandes rasgos el contenido de las prohibiciones, el individuo imputable puede motivarse. Si el sujeto no sabe que ese hacer está prohibido, tampoco puede motivarse conforme a la norma.

#### **1.19.1.3. La exigibilidad de un comportamiento distinto**

Hay ciertos ámbitos de exigencia fuera de los cuales no puede exigirse responsabilidad alguna.

## **1.20. Clasificación de los delitos**

### **1.20.1. Por su gravedad**

Se clasifican en delitos y faltas. Los delitos o crímenes son infracciones graves a la ley penal, mientras que las faltas o contravenciones son infracciones leves a la ley penal.

En Guatemala, los delitos se castigan principalmente con pena de prisión, pena de multa, pena mixta de prisión y multa, extraordinariamente con la pena de muerte; mientras que las faltas sólo se sancionan con pena de arresto y pena de multa.

### **1.20.2. Por su estructura**

Se clasifican en simples y complejos. Los delitos simples son aquellos que están compuestos de los elementos descritos en el tipo y violan un solo bien jurídico protegido, ejemplo: El hurto que atenta exclusivamente contra el patrimonio ajeno.

Son delitos complejos aquellos que violan diversos bienes jurídicos y se integran con elementos de diversos tipos delictivos; por ejemplo: El robo que aparte de atentar básicamente contra el patrimonio, en su conformación aparecen elementos de otros delitos, por cuanto que muchas veces constituyen también un atentado contra la vida y la integridad de la persona.

### **1.20.3. Por su resultado**

Se clasifican en delitos de daño y de peligro y delitos instantáneos y permanentes, siendo los de daño, aquellos que lesionan el bien jurídico tutelado produciendo una modificación en el mundo exterior, ejemplo: El robo. Los de peligro, son aquellos que se proyectan a poner en peligro el bien jurídico tutelado, ejemplo: La omisión de auxilio.

Los delitos instantáneos, son aquellos que se perfeccionan en el momento de su comisión, ejemplo: El robo, la calumnia, etc. Y los delitos permanentes, aquellos en los cuales la acción del sujeto activo continúa manifestándose por tiempo más o menos largo, ejemplo: El secuestro, el rapto, etc.

#### **1.20.4. Por su ilicitud y motivaciones**

Se clasifican en comunes, políticos y sociales, siendo los comunes, todos aquellos que lesionan o ponen en peligro valores de la persona individual o jurídica, ejemplo: La estafa, falsedades, etc.

Los delitos políticos son aquellos que atacan o ponen en peligro el orden político del Estado, por ejemplo: revelación de secretos del Estado, etc. Son delitos sociales, aquellos que atacan o ponen en peligro el régimen social del Estado, por ejemplo: El terrorismo, asociaciones ilícitas, etc.

#### **1.20.5. Por la forma de acción**

La conducta humana, como presupuesto indispensable para la creación formal de todas las figuras delictivas, suele operar de dos maneras distintas, un obrar activo y un obrar pasivo, dando origen a la clasificación de los delitos atendiendo a las formas de acción, se clasifican en delitos de comisión, de omisión, de comisión por omisión y de simple actividad

#### **1.20.6. Por su grado de voluntariedad o culpabilidad**

Se clasifican en dolosos, culposos y preterintencionales, atendiendo a la intencionalidad o no del sujeto activo en la comisión del acto delictuoso, se dice que el delito es doloso cuando ha existido propósito deliberado de causarlo por parte del sujeto y es preterintencional cuando el resultado producido es mucho más grave que el pretendido por el sujeto.

### **1.21. Sujetos del delito**

Doctrinariamente nos referimos a dos clases de sujetos:

- a) Sujeto activo del delito: Es el que realiza la acción, el comportamiento descrito en la ley, el que lo comete es activo primario; el que participa activo secundario. El número específico de sujetos activos, es el número de personas físicas, singulares o plurales, exigido en el tipo necesario y suficiente para hacer factible la lesión del bien jurídico.
- b) Sujeto pasivo del delito: Es el que sufre las consecuencias, que es precisamente el que recibe el nombre de sujeto pasivo, de tal suerte que la existencia de uno depende de la existencia del otro; siempre en un delito van a aparecer ambos sujetos estrechamente relacionados.

### **1.22. El estado como sujeto pasivo**

Los intereses jurídicos penalmente protegidos corresponden siempre en primer lugar al Estado, por cuando que es el Estado quien defiende el respeto a la vida, a la honestidad y buenas costumbres, a la propiedad, al honor, etc.

Independientemente de que en el caso concreto haya un interés real de una determinada persona física o jurídica e incluso aunque los interesados deseen en el caso particular verse libres de esa protección estatal, el derecho penal eminentemente público es el encargado de proteger los intereses de toda la colectividad y que sólo él como ente soberano está facultado para crear delitos e imponer las penas correspondientes, resulta lógico pensar que se está atando la ley del Estado y poniendo en peligro los intereses de la colectividad.

### **1.23. La responsabilidad civil derivada del delito**

En el derecho penal moderno se encuentran definidas las concepciones jurídicas de la infracción penal (delitos o faltas) que son de orden penal y también de orden civil.

Desde el punto de vista penal las consecuencias jurídicas son la pena y las medidas de seguridad; desde el punto de vista civil, son consecuencias jurídicas derivadas de la infracción penal, las llamadas responsabilidades civiles que conllevan las reparaciones e indemnizaciones de daños y perjuicios por parte del sujeto activo a favor del sujeto pasivo.

El daño individual es precisamente el que se pretende reparar a través de las indemnizaciones de carácter civil, tienden en última instancia a restaurar el orden jurídico perturbado.

### **1.24. Definición de responsabilidad civil**

“La obligación que compete al delincuente, a determinadas personas relacionadas con el mismo, de indemnizar a la víctima del delito de los daños y perjuicios sufridos con ocasión del hecho punible.”<sup>12</sup>

#### **1.24.1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil**

Pertenece al derecho penal en su calidad de reparador del orden jurídico perturbado por el delito, restablecer el derecho lesionado en todas las esferas y puntos a donde la violación llevo.

---

<sup>12</sup> Puig Peña, Federico, *Tratado de derecho civil español*. Pág. 427.

## **CAPÍTULO II**

### **2. Relación histórica de los empleados públicos**

#### **2.1. Antecedentes**

Los servicios públicos se remontan a la época prehispánica, en donde se encuentran normas para el trato entre el gobierno y sus servidores.

En aquel período, los empleados de menor categoría estaban indefensos ante el poder que ejercían los de mayor alcurnia, que a la vez se encontraban sujetos al poder supremo depositado en un monarca, ligado a concepciones religiosas de ese ejercicio.

Posteriormente, durante la época colonial, no se localizan disposiciones relativas a este tipo de relación, ni aun en las leyes de indias que se supone fueron el cuerpo normativo más avanzado de esa época.

En ese período la historia destaca que: No era raro que la corona, que con mucha frecuencia estaba necesitada, en forma tal que por ocasiones era por tiempo determinado y en otras era vitalicio, no existía juez, una forma preestablecida para regular las relaciones del Estado y sus empleados públicos.

Consecutivamente, se establece que al lograrse la independencia de España, en 1821, países como México, que se encontraban en condiciones divididas por los intereses personales y partidistas no tuvieron tiempo para estudiar jurídicamente el tipo de relación existente entre el gobierno y sus empleados públicos, es por ello que tanto en México como en los demás países de América Latina, esta situación de desregularización de trabajo del servicio público se mantuvo hasta 1910, cuando se produce la revolución mexicana liderada por Emiliano Zapata, que es el hecho que desencadena una corriente reguladora en todos los Estados, en esta fecha independiente, del trabajo en el sector público.

La revolución de 1910 logró introducir disposiciones constitucionales en protección de los trabajadores; sin embargo, no quedó totalmente entendido que se refiera también a los empleados públicos, siendo importante señalar que hasta los mismos revolucionarios dejaron de considerar necesario la regularización que debían de tener específicamente las relaciones laborales entre el Estado y sus servidores.

Por consiguiente las primeras legislaciones latinoamericanas relativas al tema del trabajo, se inclinaron más por un criterio administrativista de las relaciones de trabajo del Estado y no dieron al tema la importancia que merecía por no considerar que se trataba de relaciones de trabajo puras.

Los partidarios de que las relaciones del Estado y sus trabajadores públicos sean de orden administrativo, expresan que “el nombramiento de un servidor público viene a ser un acto administrativo, ya que no se trata de un acto de autoridad, pues para que se perfeccione la designación se requiere la aceptación y conformidad del nombrado independientemente de la validez que pudiera tener ese acto jurídico por eso afirma que el resultado final del acto, la relación de empleo, sólo se produce cuando concurren las manifestaciones de voluntad de la administración y del particular designado”.<sup>13</sup>

Es también conveniente señalar que en el caso guatemalteco, la primera Constitución Política que reconoce plenamente la existencia de una relación entre el Estado y los servidores públicos y que contempla los derechos de estos últimos, es la promulgada en 1945, cuyo avance no ha tenido comparación, en consecuencia, la relación entre Estado y empleados públicos es una relación de trabajo, aunque esté diferenciada de los trabajadores del servicio privado, cuestión que es normal, ya que los objetivos de esta última están circunscritos a obtener utilidades y finalidades de lucro, mientras que las del Estado observan la finalidad de eficientizar la atención al bienestar general, por que es la sociedad la que retribuye el salario de los trabajadores al servicio de ésta.

---

<sup>13</sup> Trueba Urbina, Alberto. **La relación especial de los servidores**. Pág. 214.

## **2.2. La base de la relación de trabajo del sector público**

La base de la relación de trabajo, es el contrato de trabajo, sin embargo hay autores que discuten esta situación ya que afirman que la verdadera posición de la relación de trabajo en la fijación de las condiciones de trabajo en numerosas ocasiones no se pacta conforme la voluntad de las partes; no solamente en lo que se refiere a lo mínimo señalado por las leyes sino que por la normativa que deriva de las convenciones colectivas a las que se adhiere propiamente y quedan sujetos quienes ingresan al Estado regidas por las mismas.

## **2.3. La relación del trabajo de los servidores públicos**

Se constató que existe indudablemente una relación de trabajo entre el Estado como empleador y quienes le prestan sus servicios como empleados, desde luego se advierte que existe la subordinación derivada de la relación de una labor personal y también aparece el derecho a la retribución y a la obligación de pagarla.

Sin embargo, la doctrina sostiene que existen diferencias esenciales del trabajo en el Estado, en efecto el mismo origen del trabajo en el servicio público es el objetivo de laborar y resulta únicamente ser para colaborar en el cumplimiento de los fines del Estado, que en ninguna forma puede considerarse de lucro.

Es decir, que no puede pensarse en el hecho de que una persona comience a prestar servicios al gobierno sin que previamente hubiere sido designado para ello, se excluye la posibilidad de que la simple prestación del servicio pueda perfeccionar el contrato de trabajo, por ello debe considerarse que esta relación parte de un acto de la administración, consistente en el nombramiento de la persona para el cargo o puesto de que se trata.

No obstante, es conveniente agregar que aunque la relación de trabajo del Estado nazca de un acto administrativo, existe la prestación de un servicio, existe la

subordinación de la prestación de este servicio y desde luego también existen las obligaciones que son fundamentales para las partes, relacionadas con el pago del salario y la prestación del servicio, razón que permite afirmar con toda certeza que existe una relación de trabajo.

#### **2.4. Naturaleza del servidor público**

El tema del nombramiento del servidor público se ha discutido mucho debido a su naturaleza jurídica. Se ha pretendido que se trata de un acto puramente administrativo, es decir que se deriva del cumplimiento de la necesidad de él, de los fines de la administración pública y que en consecuencia es un acto puramente administrativo aunque otros sostienen que se trata de un acto de gobierno.

Ni uno ni otro están en lo justo porque en la realidad el reclutamiento de personas al servicio del Estado ha variado mucho en pocos años; así, antes se hacían los nombramientos siguiendo un criterio eminentemente político; es decir, se trataba de favoritismos derivados de servicios prestados a grupos políticos o a partidos que tomaron parte en un proceso electoral, eran verdaderos premios a la colaboración o a la amistad demostrada por el beneficiario de la designación.

Es indudable que el reclutamiento para el servicio gubernamental tiene que relacionarse con su ambiente político, resulta una tarea mucho más complicada que el reclutamiento para puestos en la empresa privada, pero esa relación en el ambiente político no debe ser de la que derive la admisión, pues en realidad aunque se trate un ambiente general y público, el nombramiento deriva de una forma especial.

Puede estimarse que “el nombramiento es un acto de la administración que no implica un acto de autoridad, por que no obliga a persona alguna a aceptar el cargo; tampoco es un simple acto administrativo, ya que debe contar con la intervención de alguien que no es la administración, tal y como lo es la aceptación expresa del trabajador nombrado”.

A lo anterior hay que agregar que si bien en el contrato que el Estado presenta al aspirante de servidor público, ya contiene las condiciones de trabajo, las mismas no pueden ser inferiores a las previstas con carácter mínimo en la Constitución Política de la República de Guatemala, por ello si puede afirmarse que se trata de un contrato individual de trabajo que reúne todas las características del previsto en la legislación laboral guatemalteca.

## **2.5. Los efectos del nombramiento que origina el contrato de trabajo en el servidor público**

El Estado por conducto de quienes son sus representantes hace el nombramiento de un trabajador para el desempeño de alguno de los puestos de trabajo en el sector público y requieren de la aceptación expresa del nombrado, misma que se hace constar en el propio documento y con el acta de toma de posesión, en la que se señala el día y hora de la misma y el lugar en donde se llevó a cabo. Es de ese acto que se desprende el derecho del trabajador para empezar a percibir su sueldo, pues es de allí que nace su obligación de asumir el puesto y empezar la prestación de los servicios, de tal cuenta que se estima que la relación de trabajo en el servicio público empieza a partir de que se ha tomado posesión del cargo para el que fue nombrado.<sup>14</sup>

## **2.6. Principios que rigen al servidor público**

a) Derecho a optar a los cargos públicos. Este principio se explica mediante el derecho que todo guatemalteco tiene a optar a un cargo público, se encuentra determinado en la Constitución Política de la República de Guatemala y que consiste que a nadie puede impedírsele el ejercicio de este derecho si reúne los requisitos y calidades que las leyes exigen, concretándosele el ejercicio de este derecho con la obligación impuesta a la autoridad pública de otorgar los cargos atendiendo únicamente a méritos de capacidad, preparación, eficiencia y honradez.

---

<sup>14</sup> Garcini Guerra, Raúl. **El régimen de los servidores públicos**. Pág. 128.

- b) Prohibición de no hacer discriminación. Este principio explica que para el otorgamiento de los cargos públicos la ley establece que no debe hacerse ninguna discriminación por motivo de raza, sexo, estado civil, religión, nacimiento, posición económica o social y opiniones políticas.
- c) El principio de eficiencia. Este principio indica que el sistema de servicio civil debe fomentar la eficiencia de la administración pública y dar garantías a sus servidores para el ejercicio y defensa de sus derechos.
- d) La adjudicación de los puestos en base a capacidad. Este principio se explica en que los puestos de la administración pública deben de adjudicarse en base a la capacidad, preparación y honradez de los aspirantes, por lo tanto es necesario establecer un procedimiento de oposición para el otorgamiento de los mismos. De este principio nace la carrera administrativa de los servidores públicos.
- e) Igualdad de salarios. Este principio se preceptúa en la Constitución Política de la República de Guatemala y se explica señalando que a igual
- f) trabajo prestado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad corresponderá igual salario, en consecuencia, los cargos de la administración pública deben ordenarse en un plan de clasificación y evaluación que tome en cuenta los deberes, responsabilidad y requisitos de cada puesto, asignándoles una escala de salarios equitativa.
- g) Estabilidad. Este principio señala que los trabajadores de la administración pública deben estar garantizados contra despidos que no tengan como fundamento una causa legal. De este principio nace el derecho de reinstalación establecido en el Artículo 83 de la Ley de Servicio Civil.

## **2.7. El servidor público**

“Debe entenderse por funcionario y empleado público a la persona que desempeña una función pública o actividad para el ejercicio real y efectivo del poder público, en cualquiera de sus órdenes y aspectos.

La legislación guatemalteca establece: Es servidor público, la persona individual que ocupe en puesto en la administración pública, en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo legalmente establecido, mediante el cual quede obligado a prestar sus servicios o a ejecutarle una obra personalmente a cambio de su salario, bajo la dependencia continuada y dirección de la propia administración pública.

Como puede advertirse se contempla en la ley obligaciones principales para las partes de prestar el servicio y pagar el salario, así como lo relacionado a la subordinación y a la estabilidad, presupuestos determinantes de la relación de trabajo.”<sup>15</sup>

## **2.8. La clasificación del servicio público**

El servicio público en Guatemala, se clasifica:

- a) Servicio exento, este servicio es el que no se encuentra sujeto a las disposiciones de la Ley de Servicio Civil, que rige las relaciones de trabajo del Estado con sus trabajadores, de acuerdo con el Artículo 108 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en virtud de que a las personas que ingresan al servicio público por esta vía no les es aplicable ningún requisito de los establecidos para ingresar a aquel servicio.

---

<sup>15</sup> Krotochin, Ernesto. **Las relaciones de trabajo de funcionarios y empleados públicos.** Pág. 176

- b) Servicio por oposición, este servicio incluye todos los puestos no comprendidos en el servicio exento, que se determinen en el sistema de clasificación de puestos de la administración pública, a este servicio corresponden todos los demás puestos de la administración pública e implica la obligación para el aspirante para servidor público a someterse a un proceso de oposición dentro del que se califican sus credenciales para determinar si cumple o no con los requisitos de los manuales de clasificación de puestos en concreto.

## **2.9. La clasificación de los puestos en el servicio público**

Los puestos en el servicio público se eligen mediante un plan de clasificación de puestos, elaborado por la Oficina Nacional de Servicio Civil, que es la entidad rectora del servicio público en Guatemala, esta dependencia debe elaborar un plan de clasificación, que determine los deberes y responsabilidades de todos los puestos comprendidos dentro del servicio por oposición, para este objeto deben de concurrir los siguientes requisitos:

- a) Debe elaborarse una lista de clases de puestos y de las series o grados ocupacionales que se determinen.
- b) Debe elaborarse un manual de especificaciones de clases, definiendo los deberes, responsabilidades y requisitos mínimos de calificación de cada clase de puestos.
- c) El objeto y contenido de la clasificación debe fundarse y comprender a todos los puestos que requieren el desempeño de deberes semejantes en cuanto autoridad, responsabilidad, índole del trabajo a ejecutar, de tal manera que sean necesarios análogos requisitos de instrucción, experiencia, capacidad, conocimiento, habilidades, destrezas y aptitudes, para desempeñarlos con eficiencia. Igualmente las mismas pruebas de aptitud pueden utilizarse al seleccionar a los candidatos y que la misma escala de salarios pueda aplicarse en circunstancias de trabajo desempeñado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad.

- d) Cada clase de puesto debe ser designada como un título que describa los deberes requeridos y los mismos deben ser usados en los expedientes y documentos relacionados con nombramientos, administración de personal, presupuestos y cuentas.
- e) Las clases de puestos deberán organizarse en grupos o grados, determinados por las diferencias e importancias, dificultad, responsabilidad y valor del trabajo del que se trate.

## **2.10. Condiciones de ingreso al servicio público**

Las condiciones de ingreso al servicio público son:

- a) Poseer la actitud moral, intelectual y física propias para el desempeño de un puesto.
- b) Satisfacer los requisitos mínimos especiales que establezca el manual de especificaciones de clase, para el puesto de que se trate.
- c) Demostrar idoneidad sometiéndose a las pruebas, exámenes o concursos que establezca la Ley de Servicio Civil y su Reglamento.
- d) Ser escogido y nombrado por la autoridad nominadora de la nómina de candidatos certificada por la Oficina Nacional de Servicio Civil. Esta condición nunca se observa en el proceso de selección, pues suele suceder que las autoridades nominadoras propongan a la persona a nombrar sin que ésta exista en los registros de la Oficina Nacional de Servicio Civil.
- e) Finalizar satisfactoriamente el periodo de prueba.

## **2.11. Procedimiento de ingreso al servicio público**

El procedimiento para ingresar al servicio público es el siguiente:

- a) Autoridad encargada de admitir el ingreso. Ésta es la Oficina Nacional de Servicio Civil, cuyo jefe es el Presidente de la República.
- b) Sistema de exámenes, éste se divide en: exámenes con comparecencia y sin comparecencia. En los primeros se realizan al aspirante físicamente y en los segundos se realiza sobre el expediente del aspirante, pues éste no comparece a la prueba en ambos casos, los exámenes deben ser de libre oposición, esto quiere decir que cualquiera que cumpla con los requisitos puede optar a ellos y el objeto de los mismos es determinar la capacidad, aptitud y habilidad de los candidatos para el desempeño de los deberes del puesto de que se trate.
- c) Solicitud de admisión y convocatoria, la admisión a exámenes es libre para todas las personas que llenen los requisitos exigidos para el puesto que se trate; y la convocatoria debe hacerse con quince días de anticipación por lo menos a la fecha señalada por la Oficina Nacional de Servicio Civil, para el examen, debiendo publicarse en el diario oficial y en otro de mayor circulación en el país, debe contener la convocatoria los deberes y atribuciones del puesto, los requisitos deseables o exigibles, la formalidad que debe reunir la solicitud, la fecha, lugar y hora de la celebración del examen.
- d) Listado de candidatos elegible, deberá conformarse con los nombres de aquellos candidatos que hallan obtenido una calificación mínima de 75 puntos, en una escala comprendida de uno a cien puntos.

- e) Notificación de resultados de exámenes, la calificación de los exámenes se hará dentro del término máximo de 60 días siguientes a su finalización, debiendo notificarse a cada uno de los candidatos examinados de las notas obtenidas y en su caso el lugar que le corresponde en el registro respectivo.
- f) Establecimiento de registros, es obligación de la Oficina Nacional de Servicio Civil, organizar y conservar los registros de ingresos, así como los de ascenso y cualesquiera otros que sean necesarios para la administración del servicio civil, de conformidad con su Reglamento. Es de este registro que debe seleccionarse a las personas que deban desempeñar los puestos en el Estado.

## **2.12. Nombramientos en el servicio público**

Para efectos de emitir el nombramiento en el servicio público se establece que las autoridad nominadoras deben requerir a la Oficina Nacional de Servicio Civil una nómina de todos los candidatos elegibles en la forma que prescriba el Reglamento respectivo.

De la nómina que remita la Oficina Nacional del Servicio Civil, la autoridad nominadora debe elegir al nuevo servidor, selección que debe tener lugar dentro de los ocho días siguientes de recibida la nómina respectiva.

Si no remitiere o no tuviere una nómina de elegibles para el puesto que se trate, por inexistencia o insuficiencia de candidatos, la autoridad nominadora puede cubrir la vacante en forma provisional con autorización de dicha institución, siempre que los designados cumplan con los requisitos previstos en la Ley, es importante mencionar lo que la misma establece en relación a todos aquellos nombramientos que se hagan para ingresar al servicio público, en contravención al proceso de nombramiento, en cuanto a que cualquier nombramiento que se haga contrario a lo dispuesto en la Ley de Servicio Civil es nulo y no causa efecto legal alguno.

### **2.13. Los derechos, obligaciones y provisiones de los servidores públicos**

Estos consisten en lo siguiente:

- a) No ser removidos de sus puestos, a menos de que incurran en las causales de despido, previstas en la Ley y que hayan sido debidamente comprobadas.
- b) Gozar de un período de vacaciones de veinte días hábiles después de cada año de servicio continuo de labores.
- c) Gozar de un período de vacaciones de treinta días hábiles después de cada año de servicio de labores, para aquellos trabajadores expuestos a riesgos que causen enfermedades profesionales.
- d) Gozar de licencia con o sin goce de sueldo por enfermedad, gravidez, estudios, adiestramientos y otras causas, de conformidad con el Reglamento respectivo.
- e) Enterarse de las calificaciones periódicas de sus servicios.
- f) Recibir en la primera quincena de diciembre de cada año un aguinaldo en efectivo, equivalente al 100% de su salario.
- g) Recibir el pago de una indemnización por supresión de puesto o por despido injustificado directo o indirecto, equivalente a un mes de salario por año, hasta un máximo de diez meses de acuerdo al Artículo 110 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- h) Gozar del régimen de jubilaciones, pensiones y montepío de conformidad con la Ley respectiva.

- i) Recibir un subsidio cuando las condiciones físicas lo permitan.
- j) Un salario justo que le permita una subsistencia decorosa.
- k) A la mujer el descanso pre y post natal.
- l) Ejercer el derecho de libre sindicalización y huelga. Todo esto se encuentra regulado en los Artículos del 64 al 66 de la Ley de Servicio Civil.

#### **2.14. Las condiciones de contratación de los servidores públicos**

Éstas se clasifican como las determina el Estado, de la siguiente forma:

- a) De las jornadas de trabajo, éstas serán establecidas y reglamentadas por la Junta Nacional de Servicio Civil.
- b) De los descansos, nuestra legislación establece un día de descanso semanal para el servidor público que debe de otorgarse después de una jornada de trabajo semanal y también se establecen los días de asueto, determinados expresamente por la Ley.
- c) El régimen salarial de los servidores públicos es determinado por la Ley de Salarios y por la política implementada por el Estado.
- d) Del Régimen Disciplinario, dentro del derecho que tiene el Estado para disciplinar las faltas de sus trabajadores la Ley de Servicio Civil establece cuatro clases de sanciones que son: 1. Amonestación verbal. 2. Amonestación escrita. 3. Suspensión laboral sin goce de sueldo hasta por un máximo de 30 días, que sucede en el caso de la comisión de un delito y de manera específica en el caso que el empleado se apropie o sustraiga bienes o fondos del Estado . 4. Despido justificado.



## CAPÍTULO III

### 3. Antecedentes históricos del criterio de oportunidad

En los diferentes sistemas penales de los países de América Latina rige el principio de legalidad como regla general, aunque su vigencia real sea cuestionable, el principio de legalidad implica en forma categórica e imperativa, que todo hecho en apariencia delictiva debe traducirse, necesariamente, en una acusación y por ende en un proceso penal.

La vigencia del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, crea una serie de expectativas que el sistema procesal penal no puede cumplir, pretende un objetivo inalcanzable, es decir imponer una regla de persecución que no admite excepciones, surgiendo inevitablemente procedimientos informales de selección.

La vigencia del principio de legalidad se destruye totalmente ante las limitaciones que impone la realidad, puesto que no hay sistema penal que tenga los recursos suficientes para investigar todos los hechos delictivos denunciados, por el precedente y previniendo la arbitraria discrecionalidad, se hace necesaria la introducción del principio de oportunidad, aplicado como excepción en el ejercicio de la persecución penal y el cual permitirá racionalizar la administración de justicia.

En Guatemala e Iberoamerica, desde 1994 entró en vigencia el actual nuevo Código Procesal Penal y que como innovación, entre otras cosas toma en cuenta la introducción del principio de oportunidad al cual denomina criterio de oportunidad con marcada influencia de la ordenanza procesal alemana, el Código procesal italiano, el Código procesal modelo para Iberoamerica y siendo su antecedente inmediato el proyecto del Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba de la República de Argentina, elaborado por el doctor Julio B.J. Maier.

Como indica el doctor Alberto M. Brinder: “El hecho de que no se admita la posibilidad de aplicación de criterios de oportunidad, como sucede en nuestro ordenamiento jurídico positivo, en nada afecta a la existencia de mecanismos de selección; ellos funcionan siempre, dado que el sistema es incapaz de hacer frente al cúmulo de casos que a él ingresan, pero al no existir control alguno, lo hace en forma caótica, informal e irracional, en manos de operadores ignotos y sin que resulte posible conocer el criterio utilizado para realizar la selección”.<sup>16</sup>

La oportunidad como excepción, es el sistema utilizado y adoptado por la Ordenanza Procesal Penal alemana, que consagra como regla al principio de legalidad Artículo 152, párrafo 2º, constituyendo la aplicación del principio de oportunidad un supuesto de excepción a este principio general, Artículos 153 y 154, siguiendo este esquema el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que ha servido de antecedente en América Latina y específicamente para la transformación de la política criminal en Guatemala.

La transformación de la administración de justicia en Guatemala, implica un cambio integral, que ha servido de antecedente a su vez para proyectos presentados en países latinoamericanos.

Para dar a conocer la forma en que se encontraba regulado lo relacionado con el criterio de oportunidad en el proyecto original del Código Procesal Penal guatemalteco, se presenta a continuación el siguiente tema.

---

<sup>16</sup> Brinder, Alberto M. **Ideas para una discusión sobre fundamento de la reforma de justicia criminal**. Pág. 18.

### 3.1. Oportunidad

En las acciones que deben ser ejercitadas de oficio, se trate de delitos o faltas, el Ministerio Público o la autoridad requirente con la autorización del tribunal, podrá prescindir de la persecución penal total o parcialmente, limitada a alguna de varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, en los casos siguiente:

- a) Cuando se de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución o por responsabilidad mínima del agente, no afecte el interés

público, salvo que la pena mínima alcance los tres años de prisión o haya sido cometido por empleado público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.

- b) Cuando la pena o medida de seguridad que se espera por el hecho o infracción de cuya persecución se prescinde, carece de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o a la que probablemente se aplicará por los hechos o infracciones restantes.

- c) Cuando la pena o medida de seguridad que se espera por el hecho o infracción de cuya persecución se prescinde, carece de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o a la que se debe esperar en un proceso tramitado en otro país, si procede la extradición y entrega del imputado al país extranjero.

- d) Cuando concurren los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado a prescindir de la pena (perdón judicial), cuando el imputado hubiere hecho cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución de un delito o falta, sus consecuencias nocivas, hubiere contribuido al esclarecimiento del hecho o cuando a consecuencia del hecho hubiere sufrido un daño físico o moral considerable de mayor gravedad en relación a la pena que le corresponda.

e) Cuando durante el procedimiento se debe dar publicidad a hechos, datos o actuaciones que según la Ley deben quedar en secreto, su divulgación afecte seriamente a la seguridad de la República de Guatemala y no existiere forma de evitar su difusión.

La decisión que prescinde de la persecución penal, hará caducar la acción pública correspondiente al hecho y en relación al partícipe en cuyo favor se decide; cuando ello se funde en la insignificancia del hecho sus efectos se extenderán de pleno derecho a todos los partícipes.

### **3.2. Nacimiento del criterio de oportunidad**

En términos históricos es relativamente joven en el sistema jurídico europeo-continental y mucho más joven aún en el sistema anglosajón, en el cual recién aparece en el siglo XVII.

“En el ámbito de Europa Continental, el sistema de persecución oficial de aquellos hechos considerados delictivos surge recién en el siglo XIII, con el advenimiento de la inquisición histórica y la posterior adopción del procedimiento inquisitivo por parte del político.”<sup>17</sup>

La decisión por la persecución de oficio de los delitos implica que ésta es promovida por órganos del Estado. “El interés público ante la gravedad del hecho y el temor a la venganza privada justificaron históricamente esta intervención.”<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup>Bovino, Alberto. **Derecho procesal penal**. Pág. 288.

<sup>18</sup>Bovino, Alberto, **Ob.Cit.**; Pág.95.

Tomada la decisión político-criminal por la persecución de oficio de los delitos, la persecución se debe iniciar frente a todo hecho que aparezca como delictivo. En aquellos países en los cuales rige el principio de legalidad procesal, la balanza se inclina a favor de perseguir toda conducta que pueda considerarse como delito.

### **3.3. Acción penal pública y principio de legalidad**

Constitucionalmente, corresponde el monopolio de la acción penal pública de oficio o previa instancia particular al Fiscal General de la República. La acción penal es la puesta en marcha del órgano jurisdiccional a fin de que éste se pronuncie acerca de un determinado hecho que se presume subsumido en una norma penal sustantiva, así como respecto de las personas a quienes se les señala la realización del mismo. De lo anterior, se puede partir para afirmar que la base para que la fiscalía inicie las investigaciones sobre un hecho y el posterior requerimiento ante el juez penal, es que el hecho conocido se adapte a la descripción hecha en una norma por el legislador, quien ha considerado en determinado momento que tal conducta humana lesiona o pone en estado de peligro ciertos valores que son de trascendental importancia para la convivencia humana en sociedad, lo que se denomina bien jurídico. La primera protección formal del bien jurídico es a través de la ley, de la conminación penal que hace el legislador en abstracto hacia aquellos que posterior a la creación de la norma, se encuentren en el supuesto típico (principio *nulla poena sine lege*).

De ahí que una vez realizada la conducta lesiva o peligrosa, su autor debe sufrir la sanción que se plantea en la ley penal, para lo cual debe seguirse un proceso con todas las garantías que le aseguren un juicio justo y una oportunidad real de defensa (principio *nulla poena sine indicio*).

Bajo esta perspectiva, el órgano encargado de la acción penal está en la obligación de preparar el ejercicio de la misma al tener conocimiento por cualquier medio idóneo (*notitia criminis*) de un hecho que se presume típico, lo obliga, desde el punto de vista

constitucional a iniciar las diligencias pertinentes a fin de averiguar la verdad real y a calificar el acto como típico: es decir, que está adecuando la descripción que del ilícito hace la norma penal.

Se dice entonces que la acción penal es obligatoria, irrevocable y oficiosa, salvo las excepciones legales.

### **3.3.1. Principio de legalidad**

Del principio de legalidad, se desprenden una variedad de manifestaciones que devienen en subprincipios o principios derivados, que rigen el proceso penal; entre los cuales se destacan:

- a) Principio de obligatoriedad de la acción penal. El Ministerio Público como órgano del Estado, está vinculado positivamente a la ley lo cual quiere decir que le está autorizado disponer de sus atribuciones, ante el conocimiento de un hecho delictivo no puede más que ejercer la pretensión represiva del Estado.
- b) Principio de irrevocabilidad. El ejercicio de la acción penal no se limita a incitar al órgano jurisdiccional, sino que ésta debe proseguirse a lo largo de todo el proceso, constituyendo éste un principio derivado de la legalidad; es decir, que una vez intentada la acción ésta no puede abandonarse.
- c) Principio de oficiosidad. El órgano requirente no debe ser un ente de actividad rogada, no puede mantenerse en un estado de pasividad ante los hechos que ameriten su actuación. El conocimiento por parte de éste de un hecho delictivo, basta para que de oficio (sin petición de parte) se de trámite a la persecución penal.

### **3.4. Definiciones del criterio de oportunidad**

El criterio de oportunidad es “el único medio idóneo para permitir no sólo un adecuado funcionamiento del sistema del enjuiciamiento penal en términos de eficiencia, sino también para evitar que la selectividad inherente a él derive en una aplicación irracional y desigual de la ley penal y que este camino sólo será posible a cargo del Ministerio Público”.<sup>19</sup>

El criterio de oportunidad “es una excepción al principio de oficialidad (obligatoriedad, según la doctrina) es un primer paso en la desformalización del proceso penal, que como su nombre lo indica, permite adoptar la decisión de no ejercitar la acción penal para facilitar el flujo de casos penales y dar salida rápida bajo control judicial a asuntos donde la violación al bien jurídico tutelado es leve”.<sup>20</sup>

El criterio de oportunidad, es la facultad que tiene el Ministerio Público, bajo el control del juez, de no ejercer la acción penal debido a la poca trascendencia social o mínima afectación al bien jurídico tutelado, a las circunstancias especiales en la responsabilidad del sindicado o cuando el imputado sufre las consecuencias de un delito culposos.

### **3.5. Casos en que puede aplicarse el criterio de oportunidad**

El Artículo 25 del Código Procesal Penal, establece que: “podrá aplicarse el criterio de oportunidad, cuando a juicio del Ministerio Público, el interés público o la seguridad ciudadana no estén gravemente afectados o amenazados previo consentimiento del agraviado y autorización judicial, podrá ejercitar la acción penal en los casos siguientes:

---

<sup>19</sup>Guariglia, Fabricio O. **Revista argentina**. Pág. 186.

<sup>20</sup>Barrientos Pellecer, César Ricardo. **Derecho procesal penal guatemalteco I**. Pág. 187.

- 1) Si se trata de delitos no sancionados con pena de prisión.
- 2) Si se tratare de delitos perseguibles por instancia particular.
- 3) En los delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años”.

### **3.6. Aplicación del criterio de oportunidad**

La aplicación del criterio de oportunidad podrá darse desde que se tiene conocimiento del hecho delictivo hasta antes del comienzo del debate, Artículo 286 del Código Procesal Penal. No obstante, lo conveniente es que el criterio de oportunidad se aplique lo más rápidamente posible, de lo contrario uno de los objetivos de esta figura, como lo es la descarga de trabajo para el Ministerio público quedaría prácticamente sin efecto.

#### **3.6.1. Procedimiento para la aplicación del criterio de oportunidad**

Acto seguido a la presentación de la denuncia, querrela o conocimiento de oficio, el Ministerio Público tratará de avenir a las partes, si considera legalmente posible la abstención de la acción penal. Para el efecto, si está presente el imputado y la víctima, el fiscal mediará en el conflicto, sino, podrá citarlas para buscar acuerdos.

Si existe el avenimiento, levantará acta sucinta de la junta conciliadora, solicitando al juez la aprobación del convenio y de la abstención de la acción.

Igualmente el ofensor y el agraviado podrán acordar extrajudicialmente para que el Ministerio Público determine si se abstiene o no de ejercer la acción penal y de proceder lo solicitará al juez respectivo.

Como resultado de la declaración indagatoria o como efecto de una junta conciliatoria entre las partes, el fiscal podrá solicitar verbalmente al juez la aprobación del criterio de

oportunidad. La resolución de aprobación de la desjudicialización tiene los efectos del sobreseimiento.

El Ministerio Público podrá formular la petición al Juez de Paz de Primera Instancia competente, con los comprobantes de aceptación de las partes de la abstención oficial y copia de los acuerdos sobre el pago o compromiso de pago de las responsabilidades civiles.

El Ministerio Público podrá ejercer la acción penal en cualquier etapa del proceso, hasta antes del comienzo del debate, para la aplicación del criterio de oportunidad, lo que constituye el desistimiento de la acción pública.

### **3.7. La corrupción y el empelado público**

En realidad es tan severa la situación carcelaria y la saturación humana que el individuo comienza a cumplir pena el mismo día que ingresa y allí puede estar por largos años sin recibir sentencia ni el pontificado tratamiento penitenciario que de nada sirve salvo la satisfacción de los que trabajan por él.

En América Latina se agita un problema de corrupción, en el que se ven involucrados muchos funcionarios y empleados públicos. Sus nombres se mencionan, están inscritos en los pliegues de la conciencia social, son conocidos pero por más que se habla de ellos, ni siquiera parecen sujetos de investigación.

No existen leyes específicas o son de una liviandad y lasitud enervante para responsabilizarlos penalmente. Eso se conoce de antemano y también lo saben los corruptos: se trata de la dificultad en sede judicial de comprobar los delitos, aunque estos se conocen y se sufren. De ahí que resulte demagógico y sospechable pedir al pueblo que presente pruebas.

El hombre común siente que estos delitos y sus autores están amparados por la función y el poder que ésta otorga, por sus partidos políticos y por ciertos legisladores y jueces temerosos, impotentes o cómplices.

Da la impresión de que cuando los nombres de los corruptos aparecen, se perfilan mecanismos para que muy pronto todo pase a ser un recuerdo vago. Parece ocioso decirlo pero no lo es para oídos impenitentes: cuando se habla de corrupción, se habla de un enemigo mortal de la democracia y de la erosión de sus instituciones.

Las falencias, los compromisos previos, las amistades, la propia incapacidad, han hecho proliferar en las esferas del poder a los asesores. Se vive en el reino de los asesores y con ellos la venta de influencias, las comisiones o reintegros, la exigencia de porcentajes y mordidas frente a trámites de radicación de industrias o de capitales y gestiones de todo tipo. El delito de nuestros tiempos, el tráfico de drogas, ha logrado pagar el precio de su ilegitimidad.

Funcionarios y empleados policiales, aduaneros, militares, jueces, legisladores, banqueros, han cedido a la tentación o debieron sucumbir por la fuerza, corrompiéndose. Ya había ocurrido en menor escala con la venta de armas de guerra y la prostitución de mujeres, pero como efecto secundario de la criminalización de conductas referidas a las drogas y la llamada guerra de las drogas.

Un único delito cometido por un grupo de inteligencia o por un solo funcionario o empleado público, desde un ministerio, un banco, una financiera, una empresa trasnacional, millonario en dólares, produce más daño (medido por el coste social, el económico y el número de víctimas) que aquellos causados por la totalidad de los autores de delitos contra la propiedad, ladrones de garrafas, alojados selectivamente en estos momentos en las cárceles de América Latina.

Aunque resulte paradójico, será preciso reiterar que los corruptos que obtienen lucro mediante delitos económicos producto del abuso de poder, comisión, soborno, fraude,

apropiación indebida, muy excepcionalmente llegan a la red de la justicia y mucho menos a la cárcel.

Al contrario, han pasado a formalizar una tipología humana que día a día nos va resultando más familiar: viven muy bien, son exitosos y francamente simpáticos.

En el caso hipotético de que alguno fuera detenido o destituido y más tarde condenado, sería innecesario efectuarle uno de esos llamados tratamientos para la increíble readaptación social del delincuente, pues ya poseen un alto grado de socialización. Tampoco se investiga seriamente el origen de ciertas fortunas. Es preciso agregar las enormes dificultades de estudio de ese accionar delictivo por los obstáculos probatorios que plantean.

Tienen a mano cuartadas maliciosas y bien pergeñadas, por ejemplo: Cuando dicen haber efectuado negocios con sociedades anónimas internacionales de muy dudosa existencia. Hay delitos de fraude económico y corrupción en una inacabable variedad de modalidades inasibles, incomprensibles en su totalidad: Evasión de capitales, ocultación de beneficios, simulación de balances, concesión de monopolios ilegítimos, fraudes con la importación y exportación de mercaderías, en los planes de urbanización y obras de interés general, especulaciones prohibidas, transferencias de bienes de existencia ilegal, exorbitantes negocios con moneda extranjera, bancos internacionales que ofrecen créditos y otorgan comisiones con miras a siderales, espaciales ganancias, uso en propio provecho de subsidios públicos, fraudes administrativos con bienes raíces, creación de sociedades con el propósito de encubrir ciertas maniobras ficticias, insolvencias fraudulentas, contrabandos e infracciones aduaneras, manipulaciones excesivas de los mercados de valores y bursátiles, etcétera.

Cabría añadir la producción industrial que escapa del debido control, como en el caso de la falsificación de alimentos y medicamentos, la utilización por los países periféricos de fármacos peligrosos declarados en desuso en los países centrales de los cuales provienen; el medio ambiente: polución de la tierra, de la atmósfera y de las aguas, los

ecobiogenocidios consistentes en negociar las tierras para que sirvan de basureros nucleares y de desechos químicos, las infracciones a las normas de sanidad e higiene laboral y un largísimo etcétera.

En general se trata de delitos que inhiben el desarrollo de regiones potencialmente ricas en desmedro económico y moral de sus pueblos.

Los corruptos son delincuentes que no tienen necesidad de huir de nada. Nadie les agarrota el cuello. Están más allá de algún inexorable envilecimiento aunque algún juez molesto los haga comparecer por una cierta denuncia. Es una incomodidad, pero finalmente no ocurre nada.

La pena, pulpa y epicentro del sistema, no es ni preventiva, ni retributiva, ni equitativa pues no alcanza a todos, sólo a algunos. Tal circunstancia deslegitima a la pena en concreto y al sistema que la sostiene.

Muchos corruptos, poderosos y autores de delitos económicos, están por encima, como que si sus ilicitudes perteneciesen a un orden mágico y se rigiesen por una suerte de derecho natural que supera, en sus alcances y facilidades, los indecisos mensajes de la ley vigente aplicable al hombre común.

### **3.8. La perspectiva de la reparación**

La reparación aparece como una posibilidad de solución real del conflicto, en forma distinta a lo que la pena es en realidad. Se considera que la pena no es una solución del conflicto, sino una respuesta que ofrece el sistema.

La reparación sí tiene efectos directos sobre la pacificación de los que intervienen en el conflicto y depende mucho de su solución encontrar las formas más objetivas, concretas, realistas para su resolución.

### **3.8.1. Perspectivas de la sobrecarga de trabajo**

Se fundamenta en el congestionamiento de los procesos existentes, que tienden a reducir mediante la puesta en marcha de métodos alternativos de solución de conflictos, que abren la posibilidad de ejercer una política de control de la sobrecarga de trabajo a través de mecanismos elaborados en el derecho procesal.

### **3.8.2. Perspectiva de la búsqueda de eficiencia**

Implica abrir la puerta a las negociaciones entre el imputado y la víctima, abren también la posibilidad de premiar a quien colabora con la justicia facilitando el nombre de los cómplices o pruebas.

### **3.8.3. Perspectiva de la reducción de la violencia**

Cuando se refiere a la violencia estatal no se habla únicamente de la pena.

En Latinoamérica, la mayor parte de la violencia que ejerce el Estado a través del proceso penal y las instituciones que regulan el Código Procesal Penal, como el caso del procedimiento abreviado, del criterio de oportunidad, de la suspensión condicional de la pena, sirven como medios para limitar el ejercicio de poder punitivo del Estado y en consecuencia reducir la violencia.

### **3.9. Efectos de la aplicación del criterio de oportunidad**

- a) La aceptación del juez de la abstención por parte del Ministerio Público del ejercicio de la acción penal, provoca el archivo del proceso por un año.
- b) El acuerdo entre las partes es título ejecutivo.

c) Pasado un año desde que la aprobación del criterio de oportunidad quedó firme (es posible que la decisión de conocer el criterio de oportunidad sea recurrida) sin que el mismo haya sido impugnado producirá la extinción de la acción, por lo que el Estado ya no podrá perseguir a esa persona por los mismos hechos (cosa juzgada).

La impugnación del criterio de oportunidad podrá realizarse cuando se demuestre que hubo fraude, dolo, simulación o violencia para su otorgamiento o si surgieren elementos que demuestren que la figura delictiva era más grave y que de haberse conocido no hubiere permitido la aplicación del criterio de oportunidad, Artículo 25 Bis, del Código Procesal Penal.

No obstante, el mero incumplimiento de las obligaciones civiles de reparación no provoca la anulación del criterio, sino que será necesario demostrar que la falta de pago se debe a fraude, dolo, simulación o violencia.

## CAPÍTULO IV

### 4. Responsabilidad civil

De todo delito o falta surge la obligación de reparar los daños y perjuicios causados. A pesar de la ubicación de las normas sobre responsabilidad ex delito en el Código Penal, las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones de dicha norma. La doctrina mayoritaria, comparte los siguientes argumentos:

- a) La pena es un mal condicionado al hecho culpable. Tiene en consecuencia, un carácter personalísimo, la sanción civil, en cambio consiste en la reparación, cuantificable en términos económicos, de un daño y es transmisible a terceros.
- b) La pena tiene una vocación preventiva que determina su graduación; la exigencia de responsabilidad civil, aunque de hecho pueda cumplir una función inhibitoria semejante a la de la pena, apunta a objetivos compensatorios.
- c) La pena se dirige a la tutela de un interés público o social en cuyo logro aparece comprometido el Estado; la sanción civil a un interés privado, frente al que el particular puede ejercer o hacer dejación de sus derechos.

#### 4.1. Diferencias de la responsabilidad civil y penal

Desde el punto de vista conceptual las diferencias entre responsabilidad civil y penal son claras, el derecho positivo, aunque haya dado pie a interpretaciones contradictorias, lleva a la misma conclusión, el perjudicado podrá optar en todo caso por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil.

Ello no quiere decir que los aspectos civiles carezcan de relevancia jurídica penal o que en algunos casos, no resulte difícil distinguir entre presupuestos de la responsabilidad criminal y civil, sobre todo cuando para determinar la pena el juez tiene que valorar, en términos económicos, el perjuicio irrogado, como ocurre con los delitos de malversación. Asimismo, la cancelación de antecedentes penales o la suspensión de la ejecución de las penas están condicionadas al hecho de tener satisfacción de las responsabilidades civiles generadas por la infracción. El grado de participación que fundamenta una distinta respuesta penal, se tiene en cuenta para distribuir las cuotas indemnizatorias.

Ni reinvocaciones doctrinales ni oposiciones político-criminales, traducidas incluso en derecho positivo, pueden llevar a la afirmación de fungibilidad entre sanciones penales y civiles. Su naturaleza es distinta ab radice y si puede parecer plausible la renuncia a criminalizar determinadas conductas de escasa importancia desde el punto de vista penal y que generan sólo responsabilidad civil, ello no autoriza a pensar que ésta pueda sustituir a la pena.

#### **4.2. Formas de revestirse la responsabilidad civil derivada del delito**

Precisamente por tratarse de una responsabilidad que tiene su origen en el delito, el comportamiento de la víctima coadyuvando a la producción o agravamiento del daño, obliga a moderar el importe del resarcimiento.

Sin embargo, la reducción del resarcimiento no puede quedar al arbitrio del tribunal, ya que como es obvio y recurrente, la responsabilidad civil abarca daños y perjuicios causados por el delito o falta y los imputables a la víctima no tienen ese origen.

La resolución que establece y cuantifica la responsabilidad civil ha de ser motivada. Los jueces y tribunales al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones, las bases en que fundamentan la cuantía de los

daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de la ejecución.

#### **4.2.1. Restitución**

Restituir significa devolver la misma cosa en el estado en que se encontraba antes de la comisión del delito, no se trata de reponer las cosas en la situación anterior, lo que en ocasiones no supondría resarcimiento alguno, sino de hacerlo precisamente de forma que éste quede asegurado.

#### **4.2.2. Reparación del daño**

La reparación consiste en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, que el juez o tribunal establecerá, atendiendo a la naturaleza del daño y a las condiciones personales y patrimoniales del civilmente responsable, también determinará si las obligaciones han de ser cumplidas personalmente por el obligado o si pueden ser ejecutadas a su costa.

#### **4.2.3. Indemnización de perjuicios**

La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también a los que se hubieren irrogado por razón del delito, a su familia o a un tercero.

#### **4.3. Criterio diferenciador**

El criterio diferenciador más aceptado es el que entiende que la reparación va referida a las cosas y la indemnización a las personas, en ninguno de los dos casos el derecho positivo impone esta interpretación.

La determinación de la cuantía a que ha de ascender la indemnización es facultad del tribunal, pero en todo caso se requiere la explicitación de las bases sobre las que se ha determinado.

La más compleja tarea de las que encomienda la ley al juzgador es la valoración de los daños morales; este precepto plantea dos cuestiones distintas, cómo cuantificar el perjuicio en términos económicos y cómo hacerlo sin caer en el riesgo de convertir en una inmoral monetarización los bienes personalísimos.

Pese a las dificultades que entrañan valorar económicamente el daño moral, éste ha ido consolidándose como perjuicio indemnizable.

#### **4.4. Personas civilmente responsables**

##### **4.4.1. Responsabilidad civil ex delicto**

Todos los criminales penalmente responsables lo serán también civilmente, si del hecho se hubieren derivado daños o perjuicios, si son varios los involucrados, responderán equitativamente sobre los mismos.

La obligación de restituir, reparar el daño e indemnizar los perjuicios se transmite a los herederos del responsable, de la misma manera que la acción de repetir se transmite a los herederos del perjudicado, se trata de una consecuencia directa de la naturaleza civil de la responsabilidad derivada del delito.

En los supuestos de concurrencia plural de partícipes, se establece un sistema mixto de solidaridad y subsidiaridad.

#### **4.4.2. Responsabilidad civil extra delicto**

Como principio general supone la previa declaración de responsabilidad criminal, existen supuestos en que puede declararse aquélla sin la concurrencia de ésta. Por comportamientos, hechos ilícitos o infracciones administrativas que los condicionen de sus dependientes, basados tanto en la culpa civil del empleador como en el principio de ubi est emolumentum, ibi onus esse debet. Hay que observar, que en cualquier caso se exige expresamente que la relación entre responsable y autor de los hechos sea constatada y jurídicamente eficaz: empleado, dependiente, representante o persona autorizada.

También responderá subsidiariamente la administración pública por los delitos cometidos por autoridades, agentes y funcionarios públicos y contratados por la misma, en el ejercicio de sus cargos o funciones y en cumplimiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados.

La pretensión de exigir en el proceso penal responsabilidad civil a la autoridad, agentes y funcionarios, se dirigirá simultáneamente, en consecuencia, contra la administración pública, que se presume ha de responder subsidiariamente.

#### **4.4.3. Enriquecimiento ilícito**

Un supuesto específico de responsabilidad extra delicto, la obligación de restitución o resarcimiento, en la medida correspondiente de quienes hubieran participado a título lucrativo de los efectos de un delito o falta, este precepto se aplica en los casos en los que no hay responsabilidad penal pero sí enriquecimiento injusto.

## **4.5. Resarcimiento**

En Guatemala la ley aún se apega a la teoría del daño resarcitorio, si se causa un daño, éste permite el establecimiento de una relación jurídica entre el dañado y el que daña.

Bajo la doctrina del daño resarcitorio, la teoría del daño punitivo va más allá de la idea de la restitución y el resarcimiento para reparar el daño, el efecto es de otorgar una discrecionalidad peligrosa al juez, quien determinará el monto de la indemnización.

El juez que impone una indemnización ejemplar debe tomar decisiones tortuosas respecto a cuánto valen las vidas humanas, cuáles son los daños futuros posibles, esto faculta el compensar y restaurar en proporción al daño infligido. Con el resarcimiento a los daños se le confiere a la persona afectada el derecho a reclamar la indemnización que permita restituirle su condición anterior al daño.

La teoría del daño punitivo o ejemplar tiene un efecto económico significativo socialmente; es positivo para la construcción del Estado de derecho, en Guatemala aún no se haya abandonada la teoría del daño resarcitorio, en favor de la teoría del daño punitivo

### **4.5.1. Resarcimiento del daño**

Cuando la pena privativa de libertad no supere los cinco años de prisión, será juez competente el de primera instancia.

Ejemplo: en los delitos cometidos por empleados públicos, el Artículo 418 del Código Penal, establece: “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.”

Obviamente al Estado no le interesa que esta persona se encuentre presa, por que le representa más gasto público la manutención en un centro de reclusión; a este tipo de ilícitos penales debería de aplicarse un criterio de oportunidad para que pueda resarcir los daños y los perjuicios que le ocasiono a toda una nación, por lo consiguiente del enriquecimiento ilícito que obtuvo deberá reintegrar al Estado y demostrar que los bienes o fondos económicos en bancos nacionales e internacionales que posee él o algún pariente los obtuvo en relación al empleo público que desempeñaba y si no lograra cubrir los daños ocasionados deberá pagar el resto con su fuerza de trabajo, en construcción de infraestructura de vivienda habitacional o en caminos.

#### **4.6. Costas procesales**

Las costas procesales comprenden, los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales, que en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluirán los honorarios de la acusación particular.

##### **4.6.1. Concepto de costas**

Pago de los derechos de arancel, honorarios devengados por abogados y peritos, indemnizaciones a testigos y pago de los demás gastos ocasionados en la instrucción de la causa.

Su pago corresponde, por ley, a los criminalmente responsables de todo delito o falta, pero es preceptivo que se resuelva sobre las mismas en el auto o sentencia que ponga término a la causa o a cualquiera de sus incidentes, señalando, cuando los obligados fueren varios, la parte proporcional que a cada uno ha de corresponder.

#### **4.7. Orden de prelación en el pago**

Los pagos realizados por el obligado a ello se destinarán a cubrir, por este orden, los siguientes objetivos:

- a) Reparación del daño e indemnización de perjuicios.
- b) Indemnización al Estado por los gastos que se hubieren hecho por su cuenta en la causa.
- c) Costas de la acusación particular o privada.
- d) Las demás costas, incluidas las de defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.
- e) La multa.

Si el delito es de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización al Estado. El hecho de que la satisfacción de las responsabilidades civiles y costas preceda a la de la multa, se debe a que el impago de ésta puede acarrear una responsabilidad personal subsidiaria.

#### **4.8. Consecuencias jurídicas del delito y víctima**

El daño causado a la víctima por la realización de una concreta actividad o mediante la prestación de ciertos servicios ha de ser resarcido.

La insolvencia de los civilmente responsables puede ser ejemplo prototípico de hipótesis en las que los derechos de la víctima no puedan ser objeto de satisfacción suficiente, el autor del hecho delictivo indemnizará a través del pago la cantidad de dinero correspondiente.

#### **4.8.1. Compensación y conciliación**

Estos incentivos se utilizan no sólo para satisfacer las legítimas pretensiones de la víctima, sino también para implicar al victimario en la reparación y reducir así la actividad de las instancias judiciales y penitenciarias, habida cuenta que puede en determinados casos evitarse el proceso penal.

La víctima queda más satisfecha con una decisión que obligue a su ofensor a reparar personalmente los daños causados, incluso supone un mecanismo económico en su ejecución, ya que permite un notable ahorro al Estado y una notable descongestión de la administración de justicia, que beneficia tanto a la víctima como al delincuente, además otorga una nueva dimensión a la justicia penal, superando criterios simplemente retributivos, por el restablecimiento de la paz social

#### **4.9. Análisis de la ley penal**

El criterio de oportunidad establecido en el Artículo 25 del Código Procesal Penal último párrafo, describe que no es aplicable a los funcionarios o empleados públicos. Estando en desventaja el Estado como parte agraviada a que le sean resarcidos los daños y perjuicios que le fueron ocasionados; que en realidad es al pueblo de Guatemala al que se le perjudica en su patrimonio.

Se determina entonces que puede aplicarse el criterio de oportunidad a los empleados públicos, que en ocasión a sus funciones cometan ilícitos penales descritos en los siguientes Artículos 418 al 438 Bis, que refieren a los delitos en ocasión al trabajo designado al empleado o funcionario público.

El Capítulo III, de la citada ley trata sobre los delitos de cohecho, estos se encuentran establecidos en los Artículos 439 al 444. Cohecho, significa soborno, corromper a uno con dádivas para conseguir algo de él, ofreciendo dinero para que no realice su trabajo

u obligación de la forma normal y requerida por su cargo, determina las diferentes clases de sobornos como por ejemplo: cohecho pasivo, activo, activo transnacional.

El Capítulo IV, establece los delitos de peculado y malversación en los Artículos 445 al 448, esto significa desfalco, defraudación, fraude, delito y malversar, utilizar los fondos de una empresa, sociedad o Estado en beneficio de los intereses propios y en contra de los intereses generales, sin poder justificar las inversiones del mismo.

El Capítulo V, se refiere a las negociaciones ilícitas, como por ejemplo: concusión que refiere a que el empleado o funcionario público hace, una exacción en provecho propio; estipulado en los Artículos 449 al 452 del Código Penal.

En los delitos ocasionados por los empleados públicos, para que se pueda resarcir el patrimonio del Estado, se hace necesario y urgente incorporarle nuevas normas acordes al Código Penal, la realidad guatemalteca; ya que en la actualidad existe una tendencia moderna por parte del empleado público a defraudar al pueblo en su patrimonio.

En esa medida correspondería la aplicación de un criterio de oportunidad para que los empleados responsables paguen los daños y perjuicios que le ocasionan al Estado y a su soberanía la cual radica en el pueblo de Guatemala, para que el principio de igualdad constitucional sea aplicado a todo guatemalteco que preste sus servicios a la entidad pública.

## **CAPÍTULO V**

### **5. Delitos cometidos por empleado y funcionario público en otros países**

#### **5.1. Chile**

El empleado público que, teniendo a su cargo caudal o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación, los substraigiere o consintiere que otros los substraigan, será castigado:

- 1) Con la pena de presidio menor en su grado medio, si la substracción no excediere de cuatro sueldos vitales.
- 2) Con la de presidio menor en su grado máximo si excediere cuatro sueldos vitales y no pasare de cuarenta sueldos vitales.
- 3) Con la de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, si excediere de cuarenta sueldos vitales.

En todos los casos con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetúa para cargos y oficios públicos.

#### **5.2. México**

Cometen el delito de abuso de autoridad, los servidores públicos que incurran en algunas de las infracciones siguientes:

- a) Cuando haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente.

### **5.3. Honduras**

El funcionario público que se apropie de caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo, y el funcionario público que, interviniendo en los actos de administración, percepción o custodia, aunque directamente no le hubiesen sido confiados, se apropiare de dichos efectos o caudales, incurrirá en reclusión de tres meses a tres años si lo malversado no excediere de 1.000 lempiras, y de tres a doce años si pasare dicha cantidad

### **5.4. El Salvador**

El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que se apropiare, en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble de cuya administración, recaudación, custodia o venta esté encargado en virtud de su función o empleo, será sancionado con prisión de uno a diez años.

Si el peculado se realizare aprovechándose del error de un tercero, la sanción aplicable será de uno a tres años de prisión.

### **5.5. Colombia**

El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado en razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis a quince años, multa equivalente al valor de lo apropiado, e interdicción de derechos y funciones públicas de seis a quince años.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad a las tres cuartas partes. Si lo apropiado

supera el valor de doscientos salarios mínimos, legales, mensuales, vigentes, dicha pena se aumentará hasta la mitad.

## **5.6. Bolivia**

El funcionario público que aprovechando del cargo que desempeña, se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de sesenta a doscientos días.

## **5.7. República Dominicana**

El desfalco por los funcionarios o empleados nombrados por autoridad competente, cuyo deber es cobrar, percibir rentas u otros dineros, responder de semejantes valores o pagar y desembolsar fondos públicos, deberán hacer depósitos y remesas de tales fondos, rendir cuentas de ellos y devolver los balances no gastados de los mismos dentro del plazo y en la forma y manera prescrita por las leyes y reglamentos.

Los funcionarios o empleados nombrados por autoridad competente para conservar, guardar o vender sellos de correos, de Rentas Internas o papel sellado, remitirán el producto de tales ventas y rendirán cuentas de los que quedasen en su poder y de los cuales son responsables, dentro del período y en la forma y manera establecida por el Poder Ejecutivo.

De igual modo, los que tengan bajo guarda y responsabilidad por la ley o por el mandato de autoridad competente, terrenos, edificios, útiles, equipos, muebles, materiales, suministros y otros valores, rendirán informe y cuenta de ellos dentro del período y del modo señalado por las leyes y reglamentos.

La falta, negligencia o negativa de cualquier funcionario empleado en depositar o remitir fondos, cuando deba hacerlo o en devolver los balances que le sean pedidos; o

entregar a sus sustitutos en el cargo cuando o de cualquier modo sea ordenado entregarlos, por autoridad competente, todos los sellos de correo, de Rentas Internas, papel sellado, terrenos, edificios, útiles, muebles, equipo, material, suministros y otras cosas de valor de los cuales deba responder, será considerado como un defalco.

La apropiación por parte de cualquier funcionario o empleado, de dinero, propiedad, suministros o valor, para destinarlo a un uso y fin distinto de aquellos para los cuales le fue entregado o puesto bajo su guarda; o la falta, negligencia o negativa a rendir cuenta exacta del dinero recibido, sellos de correo, sellos de Renta Internas, papel sellado, terrenos, edificios, útiles, muebles, equipo, material, suministros y otras cosas de valor se tomará como evidencia prima facie de defalco.

Cualquier funcionario o empleado público, convicto de defalco, de conformidad con lo dispuesto con anterioridad, será castigado con una multa no menor de la suma defalcada y no mayor de tres veces dicha cantidad y con la pena de reclusión.-

Sin embargo, si antes de haberse denunciado el caso a la justicia, se reparase en cualquier forma que sea el daño causado, o se reingrese el dinero o los efectos defalcados, ya sean muebles o inmuebles, la pena será la de no menos de un año de prisión correccional, e inhabilitación para desempeñar cualquier cargo público durante cuatro años.

En caso de insolvencia, se aplicará al condenado sobre la pena enunciada, un día más de reclusión o de prisión por cada 5 pesos de multa, sin que en ningún caso de esta pena pueda ser mayor de diez años.

## **5.8. Uruguay**

El funcionario público que se apropiare el dinero o las cosas muebles, de que se estuviese en posesión por razón de su cargo perteneciente al Estado, o a los particulares, en beneficio propio o ajeno, será castigado con un año de prisión a seis de

penitenciaria y con inhabilitación especial de dos a seis años. Constituye una circunstancia atenuante especial, el hecho de tratarse de dinero o cosas de poco valor, y la reparación del daño previamente a la acusación fiscal

El funcionario público que en ejercicio de su cargo, aprovechándose del error de otro, recibiere o retuviere, indebidamente, en beneficio propio o ajeno, dinero u otra cosa mueble, será castigado con tres años de prisión y dos a cuatro de inhabilitación especial.

### **5.9. Análisis de la Legislación Comparada**

Las normas citadas proponen similares conductas (con excepción de la República Dominicana), con algunas pequeñas diferencias, que si bien excede su análisis en el presente trabajo, sólo a modo de ejemplo podemos mencionar algunas, a saber:

- a) Consentir que un tercero sustraiga: no es una forma perfecta de participación (Chile)
- b) Disposición indebida: existe una interversión de título (México)
- c) Apropiación de caudales, diferenciándolo del hurto (tomar algo ajeno, en Honduras; apoderamiento en Bolivia)
- d) Agravante por cantidad sustraída (Honduras) y atenuante (Colombia y Uruguay)
- e) Apropiarse sin ser necesariamente el que tenga la custodia sobre la cosa (El Salvador)

### **5.10. Peculado en Argentina**

El delito de peculado se encuentra previsto en el artículo 261 del Código Penal, el que establece: "será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo".

Dados los elementos que requiere esta figura para su consumación, creo conveniente abordar, en primer término, la cuestión relativa al bien jurídico protegido, análisis que condicionará la postura a adoptar con relación a si la reducción del patrimonio de la administración es una exigencia típica.

### **5.10.1. Bien Jurídico**

La doctrina clásica argentina ha convenido que en el peculado son varios los bienes jurídicos afectados: en primer lugar, la sustracción del bien afecta la propiedad (en el sentido penal); se afecta conjuntamente la seguridad con que la administración trata de preservar los bienes públicos, la fe o confianza pública depositada en el funcionario encargado del manejo o la custodia de esos bienes y también el normal funcionamiento de la administración es su aspecto patrimonial.

Entonces, si bien no existen controversias en cuanto a que esta figura protege el normal funcionamiento de la administración pública en su actividad patrimonial, sí las hay al momento de incluir a la propiedad dentro del bien legalmente protegido.

En efecto la conducta típica de peculado presupone un daño patrimonial a la administración pública. El delito es de naturaleza formal, es una figura penal de resultado, en que la figura apunta a proteger la actividad patrimonial estatal cuyo normal y regular desarrollo altera el funcionario público (no exigiendo daño patrimonial estatal para su consumación). La protección de la "actividad patrimonial" de la administración, no debe supeditarse a la existencia efectiva de una "lesión patrimonial", circunstancia que obligaría a incluir al "patrimonio estatal" dentro de los bienes jurídicos protegidos por esta norma.

En síntesis, al igual que en todos los delitos contra la administración pública, se tutela la regularidad del cumplimiento de las actividades patrimoniales del estado, sea con sus bienes propios, sea con relación a bienes privados sobre los cuales aquel haya asumido una especial función de tutela, por la naturaleza de las instituciones a las que pertenece

o por las especiales circunstancias en que se encuentran. Los tipos no protegen específicamente la propiedad de esos bienes (eso queda para los delitos contra la propiedad), sino la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido o creado. Por eso, todos ellos tienen como caracterización como manejo anormal de los bienes por parte de quienes funcionalmente están encargados de hacerles cumplir sus finalidades o preservarlos para ellos.

### **5.11. Perjuicio Patrimonial**

Necesaria consecuencia de las consideraciones realizadas en torno al bien jurídico protegido y a la acción típica del delito en estudio, es que el perjuicio patrimonial estatal no resulta un requisito para la configuración de este ilícito penal.

En efecto, teniendo en cuenta:

- 1) Que el bien jurídico protegido es el regular desenvolvimiento de la actividad patrimonial de la administración pública y la fe o la confianza pública depositada en el funcionario a cuyo cargo se encuentra la custodia de los caudales o efectos objeto de este delito.
- 2) Que la acción típica se circunscribe a extraer o separar de la esfera de custodia esos mismos caudales o efectos con prescindencia de la voluntad del autor , difícil sería incorporar como elemento exigible para la configuración del ilícito una lesión patrimonial estatal.

Finalmente lejos de ubicarse dentro de los elementos del tipo de peculado la existencia de un daño patrimonial, sólo tendrán trascendencia a la hora de fijar la condena aplicable al caso.

## **5.12. Funcionario público en España**

Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el derecho administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.

Al hablar de Administración Pública y de acuerdo con el sistema que define la actual Constitución Española, la ley se refiere a todas las Administraciones: del Estado de las comunidades autónomas, así como las entidades locales, las universidades públicas y los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público.

En definitiva, es el conjunto de organismos necesarios para que el Estado ejerza sus funciones.

### **5.12.1. Régimen estatutario del funcionario**

Esta relación de servicios profesionales retribuidos supone un régimen especial del funcionario, con especialidades a su vez para determinados cuerpos funcionariales (ejército, policía, jueces, fiscales, entre otros).

El funcionario forma parte de la categoría más amplia de empleados públicos, junto con el personal laboral; es decir, las administraciones pueden tener funcionarios y trabajadores por contrato laboral que se regirán por el estatuto de los trabajadores y demás normas laborales, al igual que el empleado de una empresa privada.

Los empleados públicos pueden ser de funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral o eventual.

### **5.12.2. Funcionarios interinos**

Los que, por razones de justificada necesidad y urgencia, en virtud de nombramiento legal y siempre que existan puestos dotados presupuestariamente, desarrollan funciones retribuidas por las administraciones públicas en tanto no sea posible su

desempeño por funcionarios de carrera y permanezcan las razones de necesidad o urgencia. Por tanto, la característica que los diferencia esencialmente de los funcionarios de carrera es la no permanencia en el puesto. Ellos prestan servicios a un determinado cuerpo, pero no están ingresados en el mismo.

### **5.12.3. Personal eventual**

Prestará sus servicios con carácter transitorio en puestos de trabajo calificados expresamente como de confianza o asesoramiento especial, correspondiendo al gobierno fijar los puestos de trabajo reservados para este personal, con sus características y retribuciones, dentro del crédito presupuestario consignado al efecto. Deberán en todo caso figurar en las Relaciones de Puestos de Trabajo correspondientes. El cese de la autoridad a la que preste su función implica el cese automático del personal eventual.

Para acceder a la función pública y convertirse en funcionario de carrera se debe de hacer por medios que garanticen la igualdad, el mérito y la capacidad de los candidatos. Los métodos más usuales para dicho acceso son la oposición y el concurso-oposición. Se trata de una serie de pruebas y exámenes, en concurrencia competitiva, que valoran los conocimientos realización de pruebas orales o escritas relativas a un temario, méritos años de antigüedad, cursos realizados, carreras, licenciaturas, de los candidatos.

El número de plazas ofertado anualmente por la administración es reducido en los últimos años la oferta de empleo público hace referencia a servicios esenciales y a la tasa de reposición de efectivos, por lo que se viene a atender sólo los servicios más necesarios y urgentes y en referencia a los efectivos perdidos en el ejercicio jubilaciones, renunciaciones, excedencias, etc.

Puesto que el número de empleados públicos en España ya supera los 2,5 millones de efectivos, por lo que sólo los que saquen mejores notas optarán a una plaza de carrera en las administraciones públicas.

El acceso a plazas de interino, dentro del respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad mencionados, suele hacerse por métodos más simples: Es el caso de las denominadas bolsa de interinos, a las que pueden apuntarse los candidatos, en algunos casos simplemente aportando la documentación que se valorará para determinar el orden de relación por el que serán llamados a ocupar interinamente, las plazas vacantes en la administración y sólo en tanto no se cubran en propiedad, si bien, a veces, la administración opta por asignar directamente los puestos a sus elegidos y se da lugar a la lucha por el derecho.

El funcionario público en España también conocido como funcionario de carrera, es aquella persona que desempeña un trabajo por cuenta ajena al servicio de la administración pública a cambio de una retribución, vinculada por una relación estatutaria leyes y reglamentos, regida por el derecho administrativo.

La regulación del empleo público, que comprende a funcionarios de carrera, personal, funcionarios interinos, personal directivo y personal eventual, tiene su base en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

### **5.13. Contratación pública**

La administración pública también puede contratar personal laboral, que al contrario que el funcionariado de carrera, queda vinculado con ella mediante una relación contractual regida por el Derecho Laboral.

Por otro lado, el funcionario de carrera se distingue del funcionario interino, por el carácter provisional de éste frente a la pretendida estabilidad de aquel. El Personal directivo, otra de las clases de empleado público, se diferencia del funcionario de carrera por su nombramiento en virtud de criterios de confianza política.

Se ha tratado de modificar la situación de los directivos para que accedan a la función pública en base a criterios de competencia profesional y experiencia, frente a la imparcialidad extrema de los criterios de mérito y capacidad que rigen para los funcionarios de carrera.

### **5.13.1. Diferencias entre los nombramientos del personal**

La diferencia insalvable entre el acceso por nombramiento discrecional, personal directivo y el acceso por oposición o concurso por oposición, funcionario de carrera, no ha conseguido asemejar el grado de profesionalización de los directivos al de los funcionarios. El funcionario se aleja de la figura del personal eventual, que realiza un asesoramiento especial o funciones calificadas como de confianza, al servicio de un conjunto de órganos que ocupan la cúspide jerárquica de las respectivas administraciones.

El personal eventual se designa y cesa en función del libre criterio del órgano que haya de nombrarle, y a cargo de la partida presupuestaria destinada a la retribución de esta clase específica de empleados públicos. El funcionario de carrera, como ya se ha mencionado, accede a la función pública mediante métodos diametralmente opuestos a los del personal eventual, siendo por ello una de las mayores fuentes de clientelismo y abusos a cargo de los presupuestos públicos.

El acceso a la condición de funcionario de carrera se produce por nombramiento en función de criterios objetivos basados en el mérito y la capacidad. Tal configuración entronca con el principio de igualdad, en el acceso a la función pública.

Podrá presentarse a las pruebas de selección, consistentes normalmente en una oposición o concurso-oposición, toda aquella persona que cumpla los requisitos de nacionalidad, capacidad funcional, edad, ausencia de separación o inhabilitación, titulación, conocimiento de lenguas, etc.

Dicha prueba podrá tener otros componentes selectivos que valoren destrezas distintas al mero conocimiento, aunque según la doctrina del tribunal constitucional, la valoración de los conocimientos habrá de constituir un porcentaje mayor que el resto de valoraciones, bien procedan éstas de pruebas psicotécnicas, bien de simples entrevistas. En todo caso, sea cual fuere la valoración, deberá atenerse al mérito y la capacidad del candidato.

Las pruebas selectivas serán evaluadas por órganos de selección, en cuya composición debe atenderse a la capacitación técnica de los miembros. El difícil control judicial que puede existir sobre la discrecionalidad de los órganos de selección hace necesario asegurar su imparcialidad. Por ello, los miembros de tales órganos lo serán a título individual, no por representación o por cuenta ajena y deberán salir de entre las filas de funcionarios que gocen de inamovilidad. Los órganos de selección podrán ser de dos tipos:

- a) Tribunales nombrados expresamente para la convocatoria concreta y compuestos por un mínimo de cinco miembros, o en todo caso, número impar; y
- b) Comisiones permanentes, que realizan las pruebas selectivas a un gran número de aspirantes y cuyos miembros son designados libremente por orden ministerial.

El funcionario de carrera, habrá de clasificarse en grupos y subgrupos en atención a la titulación que requiera el acceso a unos y otros. El precepto tiene un carácter básico aplicable a todos los funcionarios de las distintas administraciones, no exclusivamente al funcionario de la Administración General. Así pues, los requisitos de los grupos y subgrupos vendrían a ser los siguientes:

- a) Requiere título universitario, título universitario superior. título universitario medio.
- b) Requiere título de Técnico Superior.
- c) Requiere título de técnico o bachiller, título de bachiller o técnico, título de graduado en educación secundaria obligatoria.

Dentro del funcionario de carrera existe una heterogénea variedad, con múltiples categorías que cuentan con legislación propia y específica para el personal de su clase. Un esquema con los principales tipos podría ser: Funcionarios de órganos constitucionales y estatutarios de las comunidades autónomas. Personal de las Cortes Generales y las Asambleas autonómicas. Personal del Tribunal Constitucional.

Personal del Consejo General del Poder Judicial.

Personal del Defensor del Pueblo.

Personal de los tribunales de cuentas.

Funcionarios de la carrera judicial, fiscal, y personal de la Administración de Justicia.

Funcionarios de la Administración local.

Funcionarios de la Administración autonómica.

Personal del servicio de salud.

Personal docente e investigador.

Miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

Funcionarios de la Administración General.

Personal militar.

Miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

Funcionarios retribuidos por arancel.

Notarios.

Registradores Mercantiles.

Registradores de la Propiedad.

La gestión de recursos humanos en la Administración Pública difiere de la que se utiliza en el ámbito empresarial por la necesidad de prevenir el clientelismo y el requisito de igualdad, mérito y capacidad para acceder a la función pública que la Constitución

exige. El carácter inamovible del funcionario, así como las estrictas causas regladas para su separación, impide importar la estrategia organizativa del mundo privado.

Los órganos encargados de gestionar y gobernar a los distintos funcionarios de carrera suelen tener por titular a un cargo designado por criterios de confianza y oportunidad política. Ello se justifica por la necesaria dirección política de los cargos electos, que el Derecho Administrativo da al funcionario.

Cada uno de los tres niveles administrativos, local, autonómico y general, posee sus propios órganos de dirección y gestión del sistema del empleo público. A ellos hay que añadir otra categoría de órganos dedicados a la coordinación y cooperación entre las distintas administraciones.

Existe un conjunto de instrumentos jurídicos dedicados a la correcta ordenación de la gestión de los recursos humanos. Cabe destacar los Registros de Personal, las relaciones de puestos de trabajo o la importantísima planificación, que dispone la elaboración de previsiones sobre la organización, el análisis sobre disponibilidad y necesidad de personal, las medidas de movilidad, promoción interna y formación, y la previsión de incorporaciones procedentes de la oferta de empleo público.

### **5.13.2 Derechos**

Los derechos de los funcionarios de carrera pueden dividirse en dos grandes categorías: a) Generales, que son los derechos individuales y b) Los mal llamados derechos colectivos, de los que en propiedad habría que hablar como derechos de ejercicio colectivo.

### **5.13.3 Derechos individuales**

Dentro de los primeros, los derechos individuales, el funcionario no sólo goza de derechos laborales semejantes a los de cualquier trabajador por cuenta ajena aun con particularidades, sino que también posee un conjunto de derechos funcionales como consecuencia de su especial situación dentro de la burocracia administrativa pública. De los derechos funcionales cabe destacar: a) El derecho a la inamovilidad de la condición

de funcionario de carrera, que exige una justificación objetiva para una eventual destitución. b) Existe un derecho a desempeñar las funciones propias de la condición profesional ostentada, debiendo ser asignadas tareas coherentes con la posición y preparación del funcionario. c) Derecho a la promoción interna acorde al mérito y la capacidad, de un derecho a ser informado de las tareas a realizar, de un derecho a colaborar en la consecución de los objetivos de su unidad administrativa y de un derecho a la defensa jurídica de la administración en los procedimientos surgidos como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones.

En lo referente a los derechos laborales antes mencionados, existe una regulación más minuciosa que la legislación ordinaria en asuntos como el derecho a la orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, relacionado con el acoso laboral, específicamente contemplado en la parte sancionatoria. Las Leyes Orgánicas protegen de forma general el derecho a la intimidad y la protección de datos de carácter personal, que supone un análisis de la proporcionalidad de las medidas adoptadas para la protección de otros bienes, como pueda ser la prevención de riesgos laborales o la seguridad de las instalaciones de la administración. Por otro lado, el derecho a las vacaciones, descansos, permisos y licencias de los funcionarios públicos.

La retribución y derechos económicos de los funcionarios públicos, vinculan de manera inobjetable la retribución funcional y los presupuestos generales del Estado del año correspondiente, clasifica tales retribuciones en básicas y complementarias. Las retribuciones básicas incluyen un sueldo asignado homogéneamente a cada grupo o subgrupo, cantidad aumentada por cada tres años de servicio, acorde también al grupo o subgrupo correspondiente, y las pagas extraordinarias, cantidades entregadas dos veces al año junio y diciembre, correspondientes a la retribución mensual del funcionario, no incluyendo las gratificaciones y los complementos asociados a la productividad.

#### **5.13.4 Derechos de ejercicio colectivo**

Los derechos de ejercicio colectivo, son un conjunto de derechos sindicales que tratan de conseguir que los trabajadores puedan intervenir en la organización de los medios

productivos correspondientes al empleador, en busca de una mejora en las condiciones laborales. En la empresa privada, existe un equilibrio entre las peticiones sindicales y la resistencia empresarial, pues por norma general, los beneficios empresariales descienden acorde se satisfacen las demandas de los trabajadores.

No obstante, en las administraciones públicas, ese equilibrio puede dar resultados más imperfectos, debido a la dirección del empleador público, no contiene el valor de propiedad existente en la empresa privada. Ello puede provocar un exceso en las concesiones con el fin de evitar un conflicto social, que en la práctica ha provocado algunas situaciones en las que la eficacia y calidad del servicio público se han visto perjudicada. Por esta razón, el derecho de negociación colectiva tiene una regulación exhaustiva, y sus normas no sólo han de entenderse como tuitivas del trabajador, sino también como garantía de una buena administración pública.

Entre estos derechos hay que destacar la libertad sindical, el derecho de manifestación, el derecho de huelga o el ya mencionado derecho de negociación colectiva. Todos ellos tienen ciertas particularidades por el carácter público de su función, de manera que el derecho de sindicación no es posible para los jueces, magistrados, fiscales y miembros de las fuerzas armadas, incluyendo a la guardia civil. En algunos casos se permite la constitución de asociaciones profesionales, con una actividad muy limitada. En otros, se permite la creación de sindicatos, pero con carácter nacional y exclusivo.

#### **5.13.5 Situaciones administrativas**

La situación más frecuente en la que se encuentra un funcionario es en el llamado Servicio Activo, desempeñando su tarea correspondiente. Puede alterarse bajo determinados supuestos, sin que llegue a extinguirse la condición de funcionario de carrera del sujeto en cuestión.

Se puede hablar de un conjunto de servicios especiales que interrumpen el servicio activo del funcionario. Cabe destacar los que se prestan con la asunción de cargos electivos o de designación política; los servicios en organismos internacionales o administraciones extranjeras; la adscripción al tribunal constitucional, defensor del

pueblo y tribunal de cuentas; y el nombramiento como personal eventual en algún cargo de confianza o de asesoramiento político.

Puede suceder que se produzca una transferencia forzosa o voluntaria del funcionario entre administraciones. El funcionario permanecerá adscrito en la administración de origen, aunque pasará a estar bajo la dirección de la administración de destino, de la cual percibirá las retribuciones correspondientes. Se permite el reingreso a la administración de origen, pero no existe una reserva del puesto, sino que tendrá que acceder por el sistema de provisión de puestos concreto.

El derecho administrativo contempla la figura de la excedencia para el funcionario, supone que el funcionario deja de realizar su trabajo durante un determinado periodo de tiempo, no perdiendo la condición de funcionario; entre los supuestos que pueden plantearse los siguientes: a) Excedencia voluntaria por interés particular, b) Por agrupación familiar, c) Por cuidado de familiares y d) Por violencia de género. También existe otro conjunto de excedencias de naturaleza bien distinta, como lo es: a) La excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público, b) La excedencia voluntaria incentivada y e) La excedencia forzosa.

Finalmente existe la suspensión, una situación administrativa en la que el funcionario contra el que se ha abierto un procedimiento sancionador queda apartado temporalmente de la función pública, así como de los derechos derivados de su condición funcional, incluidos los económicos.

#### **5.13.6 Extinción**

Pérdida de la condición funcional; supone la extinción de la relación de servicio con la administración. Causas de extinción: a) La renuncia voluntaria del funcionario, b) La pérdida de la nacionalidad, acorde al correspondiente requisito de nacionalidad para el acceso, c) La jubilación total, la sanción disciplinaria de separación del servicio, perpetua y d) La pena de inhabilitación para cargo público. A ellas habría que añadir el fallecimiento del funcionario, causa obvia de extinción de la relación funcional.

De todas esas causas, la más habitual es la relativa a la jubilación del funcionario. Que determina la edad de jubilación forzosa en los sesenta y cinco años, con la posibilidad de que el funcionario solicite la prolongación de su permanencia en el servicio activo, pudiendo permanecer hasta los setenta años sin jubilarse. La jubilación forzosa también puede darse en casos de incapacidad permanente del funcionario para el desempeño de las funciones de su cuerpo o escala o por una incapacidad total o absoluta. Junto con las jubilaciones forzosas, existen las jubilaciones voluntarias, en las que el funcionario puede pedir la retirada del servicio activo para incorporarse a las clases pasivas. Los principales requisitos que han de reunir para acogerse a una jubilación voluntaria incluyen el haber alcanzado la edad de sesenta años, así como treinta de servicio.

## CONCLUSIONES

1. En Guatemala existe una modalidad en cuanto al quehacer del empleado público, el de cometer ilícitos penales, siendo un desgaste para la economía guatemalteca. Estos desmedidos corruptos al ser sentenciados con pena de prisión se someten al pago de fianzas que el mismo sistema penal mantiene y en consecuencia se enriquecen ilícitamente, empobreciendo cada vez más a esta nación.
2. Con el sistema procesal penal actual que establece la no aplicación del criterio de oportunidad a los empleados públicos, se violenta el principio de igualdad constitucional.
3. Al aplicarse el criterio de oportunidad, el Estado no tendría que invertir en procesos extensos y costosos, con lo que se aplicarían los principios de celeridad y economía procesal y como consecuencia, con este tipo de procesos se mantendría una reserva económica.
4. El sistema de justicia y la sociedad guatemalteca se verían beneficiados con la aplicación del criterio de oportunidad a los funcionarios y empleados públicos, pues estos pagarán los daños y perjuicios ocasionados al Estado.
5. Con la aplicación del criterio de oportunidad a los empleados que cometan ilícitos penales con ocasión a sus funciones todos los guatemaltecos nos encontraríamos en igualdad de derechos.



## RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala Reforme el Artículo 25 último párrafo, para poder aplicar el criterio de oportunidad a los delitos cometidos por los empleados públicos en ejercicio de sus funciones.
2. El criterio de oportunidad contribuirá a descongestionar y disminuir al Estado el gasto desmedido en los centros penales por mantener reclusos a este tipo de personas, que en lugar de proteger y fomentar el desarrollo del país lo dejan cada vez más empobrecido.
3. Cuando el Ministerio Público, tenga conocimiento sobre algún ilícito penal causado por un empleado público y se encuentre en desventaja el patrimonio del Estado, inmediatamente y de oficio debe solicitar arraigo, el embargo e intervención de toda clase de bienes que de este supuesto se tenga, sin esperar la orden de juez competente para la realización de la misma. Con el objetivo de proteger los bienes del pueblo en forma inmediata.
4. Es necesario que cuando un empleado público que cometa cualquier ilícito penal en la realización de sus funciones, el sistema de justicia sea aplicado de manera objetiva por los juzgadores para que se despoje en su totalidad de la riqueza que haya obtenido en el período de sus funciones. Si por algún motivo no tuviere bienes, confiscar los de su cónyuge, hijos o parientes, quienes deberán comprobar el enriquecimiento obtenido.



## BIBLIOGRAFÍA

BARRIENTOS PELLECCER César Ricardo. **Curso básico sobre derecho procesal penal guatemalteco**, Editorial, Imprenta y Fotograbado, 1993. Págs. 67 a 76

BINDER BARIZZA Alberto M. **Ideas para una discusión sobre fundamento de la reforma de justicia criminal**. Revista plural No. 12; Buenos Aires, Argentina: Editorial, 1987. Págs. 36 a 47.

BOVINO Alberto. **Temas de Derecho procesal penal guatemalteco**. Fundación Mirna Mack. Guatemala F & G Editores. 1986. Pág. 95.

BRUSA BERNER. **Tratado de derecho penal italiano**.

CAFERRATA NORES José. **Conveniencia de la participación del querellante conjunto en cuadernos de derecho procesal penal**. 12 a. Ed.; Santa Fe, Argentina Ed. Lerner, 1983. Págs.145.

CAFERRATA NORES José. **El imputado**. 11a. ed.; Córdoba, Argentina: Ed. Lerner, 1981 Págs. 28,27.

CABANELLAS Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**,4.T.; 12a. ed.; revisada, actualizada y ampliada por Luís Alcalá, Zamora y Castillo, Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1979. Págs. 86, 237, 95,11, 332, 210, 222, 368, 13

DE LEÓN VELASCO Héctor Aníbal y Francisco José De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco parte general y parte especial**. 8a.ed.; revisada, corregida, aumentada y actualizada por los autores; Guatemala: Ed. Llerena y Cía. Ltda., 1996. Págs. 550, 126,114.

GARCINI GUERRA Raúl. **Planificación en el ámbito público**, Madrid, 1991

GONZÁLEZ CAHUAPÉ-Cazaux Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco. Teoría del delito, (conceptos básicos)** 1a. ed.; Guatemala, Ed. Fundación Myrna Mack. enero de 1998. Pág. 35.

GONZÁLES DE LA VEGA Francisco. **Derecho penal mexicano**, 6 a. ed.; México: Ed. Porrúa., 1981. Pág. 52

GUARIGLIA Francisco O. **Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: El principio de oportunidad**. Primera Ed. Copyright by Ad-hoc S.R.L. Buenos Aires, Argentina, junio 1993.

KROTOCHIN Ernesto. **Las relaciones de trabajo de funcionarios y empleados públicos**. Pág. 176.

MORAS MOM Jorge Gustavo. **Procedimientos penales por delitos de acción privada**. 5a. ed.; ampliada y actualizada, por el autor; Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot., 1981. Págs.14, 41,77.

NÚÑEZ Ricardo. **La acción civil en el proceso penal...** 2a. ed.; Córdoba, Argentina: Ed. Marcos Tener., 1982. Pág. 96.

OSSORIO Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 20a. ed.; actualizada y aumentada, por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1992. 191,326, 277, 275, 40, 368, 511, 625, 375,746, Págs.87, 97.

PUIG PEÑA Federico. **Tratado de derecho civil español**. 4 a. ed.; Madrid. España: Ed. Barcelona., 1957. Pág. 25.

TRUEBA URBINA Alberto. **El buen funcionamiento de los servicios públicos**, Madrid, 1990.

ZANNONI Eduardo. **El daño en la responsabilidad civil**. (s.e.) Ed. Ástres. Buenos Aires. 1987. Pág. 55.

### **Legislación:**

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

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

**Código Procesal Penal.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 51-92, 1992.

**Código Civil.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 106, 1963.

**Código de Trabajo.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 1441, 1961.

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

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

**Ley Orgánica del Ministerio Público.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 40-94, 1994.