

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD
EN GUATEMALA (CICIG)**

MIRLY SARAÍ SANTOS SOBERANIS

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2009

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD
EN GUATEMALA (CICIG)**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MIRLY SARAÍ SANTOS SOBERANIS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de:

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, Noviembre 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 IV: | Br. | Marco Vinicio Villatoro López |
| VOCAL V: | Br. | Gabriela Maria Santizo Mazariegos |
| SECRETARIO: | Lic. | Avidán Ortiz Orellana |

**TRIBUNAL QUE PACTICÒ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

| | | |
|-------------|------|---------------------------------|
| PRESIDENTE: | Lic. | César Landelino Franco López |
| VOCAL: | Lic. | Carlos Humberto de León Velasco |
| SECRETARIO: | Lic. | Saulo De León Estrada |

Segunda fase:

| | | |
|-------------|------|--------------------------------|
| PRESIDENTE: | Lic. | Rafael Otilio Ruiz Castellanos |
| VOCAL: | Lic. | Víctor Manuel Soto Salazar |
| SECRETARIO: | Lic. | Crista Ruiz de Juárez |

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

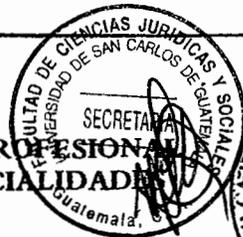
Lic. Héctor David España Pinetta

Colegiado 2802
Guatemala, C. A.

7 av. 1-20 zona 4. Edificio Torre Café. Of. 205

Tel. 23315244 - 52156733

SECRETARÍA
BUFETE PROFESIONAL
DE ESPECIALIDAD



Guatemala, 25 de Septiembre de 2008

Licenciado:

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

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES



Hora: _____
Firma: _____

Señor Jefe de la Unidad:

En cumplimiento al nombramiento de Asesor, del trabajo de Tesis, de la Bachiller: **MIRLY SARAÍ SANTOS SOBERANIS**, de fecha dos de mayo de año dos mil ocho, al haberla asesorado en el trabajo intitulado: "**ANALISIS JURÍDICO DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA. (CICG)**" y en ese sentido, a usted le expongo lo siguiente:

1.- De conformidad con el nombramiento recaído en mi persona, procedí a asesorar a la Bachiller Santos Soberanis, quien ha preparado un trabajo muy importante y de actualidad como lo es la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala. Y, junto con la sustentante fuimos ordenando los capítulos que contiene éste interesante aporte, partiendo desde lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, pasando por el andamiaje de Leyes Penales, Leyes Específicas, las cuales han quedado integradas en esta investigación.

Durante el desarrollo del trabajo de Tesis, la sustentante enfocó el tema con propiedad utilizando un lenguaje claro y fácil de comprender, sin dejar de aplicar la metodología y las técnicas de investigación, acorde al tema abordado. Es necesario abarcar y delimitar específicamente las atribuciones del Ministerio Público como de la CICIG, para evitar duplicidad de funciones y conflictos entre ambas para que efectúen un trabajo conjunto implementando mecanismos que no contravengan la autonomía de dichas instituciones, y así cumplir el objetivo principal de la creación de la CICIG que es combatir la impunidad en nuestro país.

Así mismo la bibliografía consultada es la adecuada a esta clase de tema, revistiendo el mismo una capital importancia y sobre todo el aporte científico que servirá de consulta a los profesionales que hoy por hoy, se están inmersando en la metodología a implantar en contra de la impunidad en el país.

TECNICO EN FORMACION PROFESIONAL Y EMPLEO. INEM. MADRID, ESPAÑA.

Lic. Héctor David España Pinetta

Colegiado 2802
Guatemala, C. A.

7 av. 1-20 zona 4. Edificio Torre Café. Of. 205

Tel. 23315244 - 52156733

SECRETARÍA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
GUATEMALA, G.

BUFETE PROFESIONAL
DE ESPECIALIDADES



3.- Se le aconsejaron a la autora, algunos cambios únicamente de forma, ya que el fondo del tema, está totalmente de acuerdo con el deseo de la ponente y para que sea de conocimiento de las autoridades a efecto de que no sea violentada la autonomía que tiene el Ministerio Público, con la creación de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala.

4.- En cuanto al enfoque metodológico utilizado, se ha valido de los métodos Analítico, Sintético, Inductivo, Deductivo y Científico, apoyados estos por la técnica de ficha bibliográfica las cuales han resumido la información obtenida en libros, leyes, revistas, periódicos e Internet. En síntesis, el trabajo asesorado, llena el cometido contenido en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público en cuanto a la metodología, exposición, uso y aplicación de las técnicas adecuadas de investigación, conclusiones recomendaciones y bibliografía apropiadas en su elaboración. Siendo el criterio del suscrito Asesor que puede emitirse **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que el presente trabajo de investigación, continúe el trámite para su aprobación final.

Atentamente

Héctor David España Pinetta
ABOGADO Y NOTARIO
ASESOR

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

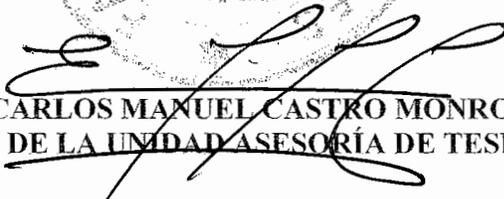
Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



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

Atentamente, pase al (a) LICENCIADO (A) HAROLDO GARCÍA ROMÁN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MIRLY SARAÍ SANTOS SOBERANIS. Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA (CICIG)".

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


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
CMCM/ragm





Guatemala, 13 de Noviembre de 2008

Licenciado:
CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CIUDAD UNIVERSITARIA.



Respetable Licenciado CARLOS MANUEL CASTRO MONROY:

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de manifestarle que en cumplimiento de la providencia emitida por ese Decanato de fecha veinticuatro de octubre del dos mil ocho procedí a **REVISAR** el trabajo de Tesis, presentado por la estudiante: **MIRLY SARAÍ SANTOS SOBERANIS**, intitulado: **“ANALISIS JURÍDICO DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA (CICIG)”**.

En mi opinión sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, las que consideré en su momento eran necesarias, para mejor comprensión del tema que se desarrolla. En el presente caso el Ministerio Público como la CICIG, se contravienen en cuanto a su autonomía, en el sentido que la CICIG fue creada para investigar la existencia de cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos específicamente y el conflicto que existe entre ambas causan un distractor y se pierden los objetivos de dichas instituciones.

En relación al contenido científico y técnico de la tesis abarca las etapas del conocimiento científico, la recopilación de información realizada por la Bachiller **MYRLY SARAÍ SANTOS SOBERANIS** fue de gran apoyo en su investigación, ya que el material es considerablemente actual.

En cuanto al aporte científico es de forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. En virtud de lo anterior emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en mi calidad de **REVISOR DE TESIS** a la investigación realizada por la Bachiller **MIRLY SARAÍ SANTOS SOBERANIS**. De acuerdo al aporte científico la legislación vigente para la aplicación del derecho penal guatemalteco a nivel nacional como internacional para que tanto el Estado como particulares sean amparados, como lo establece su normativa y no pretender crear mecanismos y procedimientos discrecionales e ineficientes que paralizan la erradicación de la violencia en Guatemala.



En cuanto al enfoque metodológico utilizado, se cumplió con los métodos Analítico, Sintético, Inductivo, Deductivo y Científico, apoyados estos por la técnica de ficha bibliográficas las cuales han resumido la información obtenida en libros, leyes, revistas, periódicos e Internet. Al respecto informo que el Trabajo de Tesis reúne los requisitos reglamentarios que exige El Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público en cuanto a la metodología, exposición, uso y aplicación de las técnicas adecuadas de investigación, conclusiones recomendaciones y bibliografía apropiadas en su elaboración, al igual que la redacción por lo que es procedente su discusión en el Examen Público.

Sin otro particular me es grato suscribirme del señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis, con las muestras de mi alta consideración y estima.

Deferentemente;



Lic. Haroldo García Román
Abogado y Notario

LIC. HAROLDO GARCIA ROMAN
COLEGIADO 4,264

7ma. Av. 1-20 zona 1 EDIFICIO TORRE CAFÉ OF.

205

Teléfono: 55184043

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, uno de octubre del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MIRLY SARAÍ SANTOS SOBERANIS, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA (CICIG). 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/sllh

Stamp: FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, DECANATO, Guatemala, C. A.

Stamp: FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, SECRETARIA, Guatemala, C. A.



DEDICATORIA

- AL ÚNICO Y SABIO DIOS:** Recibe hoy toda la gloria, honra y honor.
- A MIS PADRES:** Miguel Ángel Santos Barrera y María Celia Soberanis Pérez, por la herencia invaluable que me han legado quienes me han apoyado y guiado por el camino con mucha sabiduría.
- A MIS HERMANOS:** Miguel Ángel, Maximo Adonías, José Emanuel y Joel Isai por su apoyo, siendo mi persona ejemplo a seguir.
- A MI SOBRINO:** Mike Angel Santos, a quien amo mucho.
- A MIS ABUELOS MATERNOS:** Felicita Pérez y Román Soberanis por sus consejos y cariño.
- A MIS ABUELOS PATERNOS:** Máximo Santos y Concepción Barrera, (Q.E.P.D) para que vuelvan un minuto su mirada desde el cielo a la tierra y observen con satisfacción mi triunfo.
- A MIS TIOS:** Por su apoyo amor y cariño.
- A MIS PRIMOS:** Quienes siempre han estado conmigo y me han apoyado para que pueda alcanzar este triunfo.
- A MI ASESOR Y REVISOR:** Licenciado Héctor David España Pinetta y Licenciado Haroldo García Román, por su tiempo, consejos, cariño y amistad, quienes son un ejemplo a seguir.
- A LOS ABOGADOS:** Que siempre estuvieron para apoyarme para que yo este día pudiera alcanzar este sueño.



A MIS PADRINOS:

Por su amistad sincera y por compartir sus conocimientos para el desarrollo de mi vida mil gracias por su apoyo.

A MIS AMIGOS:

Que siempre me brindaron su amistad y por todos los momentos difíciles y felices que compartimos y seguiremos compartiendo, que Dios los bendiga mucho.

A:

La gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, centro de estudios donde realicé mis sueños y forjadora de mejores profesionales en el país y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que hoy me honra con tan preciado galardón, a quien pondré muy en alto en el noble ejercicio de la profesión.

A USTED:

Especialmente.



ÍNDICE

| | Pág. |
|--|-------------|
| Introducción..... | i |
| CAPÍTULO I | |
| 1. Del derecho penal guatemalteco y la Constitución Política de la República de Guatemala..... | 1 |
| 1.1. Naturaleza jurídica..... | 2 |
| 1.2. Definición..... | 3 |
| 1.3. Características del derecho penal..... | 4 |
| 1.4. Los fines del derecho penal guatemalteco..... | 5 |
| 1.5. Derecho penal y constitucional..... | 14 |
| CAPÍTULO II | |
| 2. La función pública y el funcionario el funcionario público..... | 21 |
| 2.1. El principio de legalidad..... | 21 |
| 2.2. La función pública..... | 25 |
| 2.3. Funcionario público y empleado público..... | 30 |
| 2.4. Ley de probidad y responsabilidades de funcionarios Públicos y empleados públicos..... | 34 |
| CAPÍTULO III | |
| 3. La impunidad..... | 43 |
| 3.1. Definiciones..... | 44 |
| 3.2. Repercusiones en la sociedad..... | 46 |
| 3.3. El Ministerio Público y la impunidad..... | 49 |
| 3.4. Definición del Ministerio Público..... | 50 |
| 3.5. Antecedentes históricos del Ministerio Público..... | 53 |
| 3.6. Fundamento legal del Ministerio Público..... | 54 |
| 3.7. Principales funciones del Ministerio Público..... | 54 |
| 3.8. Los principios del Ministerio Público..... | 55 |

CAPÍTULO IV

| | |
|--|-----------|
| 4. Análisis jurídico de la comisión internacional contra la impunidad en Guatemala (CICIG)..... | 57 |
| 4.1. Qué es la CICIG..... | 57 |
| 4.2. Instrumentos que dan vigencia a la CICIG..... | 59 |
| 4.3. Apoyo en la formulación de políticas públicas orientadas a la desarticulación de los CIACS y a prevenir su reaparición..... | 75 |
| 4.4. Contribución a los procesos de depuración institucional..... | 76 |
| 4.5. Garantías concedidas a la CICIG y su personal..... | 76 |
| 4.6. Desafíos de la nueva comisión..... | 77 |
| 4.7. La CICIG y la autonomía del Ministerio Público..... | 79 |
| 4.8. Ventajas de la CICIG..... | 79 |
| 4.9. Problemática que suscita la cuando se contraviene la autonomía..... | 82 |
| CONCLUSIONES..... | 85 |
| RECOMENDACIONES..... | 87 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 89 |



INTRODUCCIÓN

Guatemala, por ser un país con múltiples problemas estructurales y aunados con delincuencia común, que cada vez se vuelven más complejos, apareciendo fenómenos criminológicos que requieren de una respuesta integral del Estado, por lo que se eligió este tema para su estudio.

Por lo cual fue creada la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG). Para que determine la existencia de cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos, su estructura, formas que opera, fuentes de financiamiento y posible vinculación con entidades o agentes del Estado y otros sectores que atenten contra los derechos civiles y políticos en Guatemala.

La investigación radica, como se contraviene la autonomía garantizada por la Carta Magna, en cuanto al actuar del Ministerio Público y la CICIG, como un auxiliar de la administración pública y de los tribunales con actuaciones independientes, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del País, estableciéndose que su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica, al respecto la Corte de Constitucionalidad, ha expresado que la autonomía implica que en el ejercicio de sus funciones no está subordinado a autoridad alguna, y el de legalidad, puesto que su organización se regirá por su ley orgánica, según lo establece la carta magna la Constitución Política de la República de Guatemala.

El objeto del presente trabajo plantea una definición del problema por medio de la siguiente interrogante: ¿La CICIG fue creada para colaborar con la investigación de determinados cuerpos o aparatos clandestinos que operan en el país, y no para violentar la autonomía del Ministerio Público? La hipótesis de mi trabajo ha sido planteada en los siguientes términos: La Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), contraviene los Artículos uno, dos y tres de la Ley Orgánica del Ministerio Público Decreto 40-95 del Congreso de la República. Esa hipótesis, puedo indicar que ha sido plenamente confirmada a lo largo de la investigación. En cuanto a los objetivos, he perseguido básicamente: Establecer que si la autonomía que tiene el Ministerio Público, es violentada por la creación del Decreto 35-2007 el cual da vida a la



CICIG. Determinar la función real de la CICIG en el proceso penal guatemalteco, y así establecer si atenta o no contra la autonomía del Ministerio Público. Establecer las facultades con las que cuenta la institución CICIG. Hacer una propuesta para solucionar la problemática que se suscita entre estas dos instituciones y que generan un ambiente de preocupación.

En lo relativo a los supuestos de la investigación, estos han sido sintetizados de la forma siguiente: La CICIG al investigar los cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad, debe limitarse en sus funciones, como lo establece su norma. La norma que da origen a la CICIG contraviene la autonomía que la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley Orgánica del Ministerio Público.

En cuanto a las teorías, he recurrido a la doctrina establecida por importantes autores tanto nacionales, como extranjeros, quienes han establecido notables opiniones respecto del problema en referencia. En cuanto al enfoque metodológico utilizado, me he valido de los métodos Analítico, Sintético, Inductivo, Deductivo y Científico, apoyados estos por la técnica de ficha bibliográficas las cuales han resumido la información obtenida en libros, leyes, revistas, periódicos e Internet.

El procedimiento general de la investigación inició con la recopilación de la información, para luego analizar y sintetizar la misma, para finalmente elaborar el informe final, que consta de cuatro capítulos: capítulo uno, el derecho penal guatemalteco y la Constitución Política de la República de Guatemala; capítulo dos, función pública, el funcionario y el funcionario público; capítulo tres, la impunidad; y capítulo cuatro, análisis jurídico de la comisión internacional contra la impunidad en Guatemala (CICIG).

La importancia de la presente investigación radica principalmente en la necesidad de definir claramente las funciones de cada institución de las ya mencionadas para que no se viole su autonomía, evitando así una duplicidad de funciones, y trabajar conjuntamente para combatir la impunidad en el país siendo el fin primordial de ambas instituciones y del sector de justicia.



CAPÍTULO I

1. Del Derecho Penal Guatemalteco y la Constitución Política de la República de Guatemala

“A través de las normas reguladoras de la conducta del habitantes de Guatemala, el Estado puede cumplir con uno de sus fines como lo es el bien común, algo que en la actualidad no esta siendo del todo cumplido, pues es necesario crear nuevas normas realizando búsqueda de dicho fin, siempre y cuando no se contravengan con estas dos normas, caso contrario nos llevaría a tener normas inapropiadas o inadecuadas y poco eficaces para erradicar los flagelos de violencia existentes en este país”¹.

La tendencia social del hombre, la necesidad de ayuda mutua, el crecimiento de la familia y al acometimiento de empresas que superan las posibilidades individuales del hombre, lo llevaron a la formación de grandes grupos sociales. Dentro de estos grupos fue indispensable la existencia de normas reguladoras y ordenadoras de las distintas actividades individuales para evitar conflictos entre sus componentes.

Esa regla ordenadora de las actividades de los hombres que viven en sociedad, en su relación con los demás hombres, con miras a la tranquilidad y la paz social y a la seguridad, y que es impuesta por la autoridad, aun con el empleo de la fuerza si fuere necesario, es lo que se denomina Derecho.

Así el derecho está compuesto por un conjunto de normas obligatorias, impuestas por la exigencia de la justicia, que establecen reglas de conducta de un individuo en relación con otros o en relación con el Estado. En general, su fin es defender la libertad y demás bienes del individuo y garantizar la integridad de la sociedad.

¹ Gómez de la Torre, Berdugo Ignacio, y otros. **Lecciones de derecho penal.** Pág. 40



1.1. Naturaleza jurídica

El derecho Penal es una rama del derecho público interno, tiende a proteger intereses individuales y colectivos; la tarea de penar o imponer una medida de seguridad es una función típicamente pública solo corresponde al Estado como expresión de su poder interno producto de su soberanía, además de la comisión de cualquier delito genera una relación directa entre el infractor y el Estado es el único ente titular del poder punitivo, en tal sentido se considera que el Derecho Penal sigue siendo de naturaleza pública.

Desde hace mucho tiempo, la naturaleza del Derecho Penal viene presentando al estudioso una doble problemática: el discutido dilema de su autonomía o accesoriedad respecto a otras ramas del ordenamiento jurídico, y la cuestión de si pertenece al campo del Derecho público o si forma parte del Derecho privado.

A) La primera de estas cuestiones se ha planteado desde posturas irreconciliables, desarrollándose la polémica entre la afirmación de que el Derecho Penal es autónomo, y posee carácter normativo y sancionatorio, y la tesis de que carece de tal autonomía, porque tiene sólo naturaleza sancionatoria no se distingue de las otras ramas del Derecho.

Por la peculiar naturaleza de sus prescripciones, sino por la peculiaridad de sus sanciones, porque el imperativo de la ley penal presupone un precepto que está fuera de ella.

Es independiente en sus efectos jurídicos, porque puede aplicar las sanciones y medidas de que dispone sin tomar en consideración otras ramas del ordenamiento. Es relativamente dependiente en sus presupuestos, en cuanto la facultad punitiva del Estado se halla vinculada al total ordenamiento jurídico, no pudiendo valorar con independencia como injusto lo que en otros sectores del ordenamiento ha sido valorado como lícito.

El legislador penal, al describir los tipos en las leyes penales, no crea lo ilícito, sino que se encuentra ya con ello, las conductas consideradas como tales por el Derecho de las

cuales recorta un especial sector, al que otorga relevancia jurídico-penal sancionándolo con penas por considerarlo forma más grave e intolerable del comportamiento antijurídico.

Lo relativo de esta dependencia resulta de que una vez incorporado el injusto general al Derecho Penal, se somete a un proceso peculiar que lo impele a su autonomía.

Este proceso se ve favorecido por los más rigurosos requisitos que el orden penal exige al injusto, por la formación de términos específicamente penales por la independencia que en la interpretación desarrolla el juez penal, quien no interpreta los términos recibidos de otros sectores del ordenamiento.

B) La segunda cuestión parece hoy definitivamente resuelta, con la doctrina mayoritaria en el sentido de que el Derecho Penal pertenece al campo del Derecho Público.

El Estado tiene facultad de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones, de acuerdo con el dogma legalista; que la acción dirigida a la persecución de los delitos es siempre pública, aun en los casos en que debe ser instada por el particular. Una excepción a esta posición mayoritaria la constituye, en la doctrina.

1.2. Definición

“Es el conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como delito y disponen la imposición de penas o medidas de seguridad a quienes las cometen.”²

El Derecho Penal no es la protección de los bienes jurídicos como sostienen algunos autores. La misión primordial del Derecho Penal es fomentar el respeto a los bienes jurídicos, es decir, su función es de carácter ético – social. El derecho no puede prohibir la causación de un resultado.

Lo que hace es prohibir la realización de conductas dirigidas a lesionar o que lleven consigo la posibilidad poner en peligro, un bien jurídico y esta función la cumple

² **Ibid.** Pág. 40

mandando o prohibiendo determinadas acciones y no tratando de evitar la causación de determinados resultados.

Sin embargo, el disvalor de la acción por sí solo no es suficiente para configurar el injusto criminal, éste queda plenamente constituido cuando al disvalor de la acción se agrega el disvalor del resultado.

1.3. Características del derecho penal

“El derecho penal tiene sus propias características que lo hacen diferente a las demás, las cuales se definen a continuación.”³

- a) **Es una ciencia social y cultural o del espíritu:** Esto es debido a que no estudia fenómenos naturales enlazados por la causalidad, sino regula conductas en atención a un fin considerado como valioso; es una ciencia del deber ser y no del ser.
- b) **Es normativo:** Es normativo porque está conformado por normas que son preceptos, que contiene mandatos o prohibiciones que regulan la conducta humana.
- c) **Es de carácter positivo:** Esto es porque debido a que solo lo promulgado por el Estado es jurídicamente vigente.
- d) **Pertenece al derecho público:** Porque siendo el Estado el único titular del Derecho Penal, solamente a él corresponde la facultad de establecer delitos y las penas o medidas de seguridad correspondientes.
- e) **Es valorativo:** Porque el Derecho Penal está subordinado a un orden valorativo en cuanto que califica los actos humanos con arreglo a una valoración; valora la conducta humana.
- f) **Es finalista:** Porque siendo una ciencia teleológica, su fin primordial es resguardar el orden jurídicamente establecido, a través de la protección contra el crimen.

³ Ibid. Pág. 40

g) Es fundamentalmente sancionador: El Derecho Penal, no puede dejar de ser sancionador porque jamás podrá prescindir de la aplicación de la pena, aún y cuando existan otras consecuencias del delito.

h) Debe ser preventivo y rehabilitador: Es decir, que además de sancionador, debe pretender la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente.

1.4. Los fines del derecho Penal Guatemalteco

De toda actividad humana surge una relación de unos con otros, y es a través de la manifestación de su conducta que el ser humano realiza acciones u omisiones que le permiten expresarse, es decir, actúa o se abstiene de actuar según su voluntad.

Estas acciones y omisiones cuando son inofensivas, son permitidas y aceptadas por el Estado; pero cuando ponen en peligro un bien jurídico tutelado, son reprobadas y reprimidas por el Derecho Penal, en nombre del Estado y de una sociedad jurídicamente organizada, como la nuestra.

El Derecho Penal actúa como un sistema tutelar de los valores más altos, es decir interviene ante la vulneración de valores que una sociedad, en un momento dado, reputa fundamentales.

Se trata de establecer que dentro del Derecho Penal, se encuentran: en primer lugar, aquellos objetos que el legislador desea proteger, los bienes jurídicos; en segundo lugar, las conductas que lesionan o ponen en peligro este bien jurídico, o sea las conductas que se pretende evitar que se cometan; y en tercer lugar, las penas, que son el instrumento empleado para advertir a la generalidad y la forma de sancionar a los que lleguen a cometer el delito, las penas se consideran la intervención represiva más grave para la libertad y los derechos del ciudadano, fundamentalmente la prisión y la multa.



Uno de los instrumentos jurídicos del Estado para evitar las conductas resultantes más indeseadas e insoportables socialmente es el Derecho Penal.

El Derecho Penal, según Roxin pretende dos fines.”⁴

El primero, se concentra en la pretensión de evitar aquellos comportamientos que suponen una grave perturbación para mantener y evolucionar dentro del orden social al que constitucionalmente se aspira a llegar. Asimismo, también se trata de disminuir la violencia extrapenal.

El segundo, se refiere a la garantía que enlaza directamente con el modelo personalista de sociedad, en el que cito el contenido del Derecho Penal. A través de la determinación de los ámbitos de utilización del Derecho Penal también se están estableciendo las conductas que quedan fuera del mismo. La búsqueda de la garantía se define como el interés de disminuir la propia violencia del sistema penal.

La tutela en el Derecho Penal ejerce dentro del sistema social, se lleva a cabo evitando que se produzcan ciertas conductas que suponen una grave perturbación para bienes jurídicos fundamentales asegurando las expectativas de los integrantes de la comunidad.

Dicha función se encuentra ligada entre dos aspectos: en primer lugar lo constituye la denominada función de protección de bienes jurídicos, lo cual significa ser determinadas y sometidas a tutela aquellas condiciones son importantes para la existencia y evolución de las personas; y en segundo lugar se ha de actuar sobre los miembros del grupo social para evitar, a través de la incidencia en los mecanismos determinantes de su conducta, que su comportamiento se dirija en contra de los bienes jurídicos tutelados, a esto se le denomina función de motivación.

Según afirma Roxin: “El Derecho Penal desarrolla su finalidad última de mantenimiento del sistema social, a través de la tutela de los presupuestos imprescindibles para una existencia en común que concretan una serie de condiciones valiosas, los llamados

⁴ Roxin, Claus. **Introducción al derecho penal y procesal**. Pág. 45

bienes jurídicos. Se puede conceptualizar al bien jurídico como circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.

Las normas penales desarrollan una función motivadora que está estrechamente unida con la función de tutela de los bienes jurídicos, al constituir el medio para alcanzarla y de este modo hacer efectiva la tutela del sistema social. Mediante estas normas penales se pretende incidir en los miembros de la sociedad para que estos se abstengan de realizar comportamientos que lesionen los bienes jurídicos tutelados.”⁵

Esta afirmación de incidir en los miembros de la sociedad para que estos se abstengan de realizar comportamientos que atenten los bienes jurídicos, tiene su fundamento en la naturaleza coactiva de la norma, que se deriva del carácter de la sanción que establece.

En otro orden de ideas, las relaciones del individuo ante la norma pueden ser diversas. “Una persona puede abstenerse de cometer el delito solamente por interiorizar los bienes jurídicos que tutela la norma, por lo que ese respeto forma parte de su código de conducta humana, es decir, las reglas que rigen su comportamiento como persona. O al contrario una persona puede abstenerse de delinquir simplemente por el hecho de que sabe que existe la amenaza de la imposición de una pena”.⁶

Estos supuestos, se adaptan plenamente a la consideración del Derecho Penal como medio para realizar el control social, tienen consecuencias para configurar la comprensión y elaboración de la norma penal y sus elementos.

Como ya se ha visto anteriormente, el Derecho Penal, como todo ordenamiento jurídico, tiene una función eminentemente protectora de los bienes jurídicos; pero esta función de protección le corresponde tan sólo en una parte, y ciertamente la última, interviniendo

⁵ **Ibid.** Pág. 45

⁶ **Ibid.** Pág. 80

únicamente cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del Derecho.

Esto ha llevado a la creación de una doctrina, la cual establece que frente a estas otras ramas jurídicas, el Derecho Penal tiene carácter subsidiario.

Según el autor Muir Puig: "las normas de conducta adquieren una relevancia en Derecho Penal en la medida en que éstas se plasman en la ley que se encuentra en vigencia. El problema se plantea en relación con otras ramas del ordenamiento jurídico, respecto a las que el derecho penal tendrá un carácter sancionatorio y, por tanto, subsidiario. En conclusión, se puede decir que el derecho penal, es simplemente el instrumento sancionatorio de supuestos de hecho, cuya regulación correspondería a las demás ramas del derecho, el Derecho Civil, el Mercantil, el Administrativo, el Laboral, etc. Pero en estos casos, el derecho penal utiliza sus propios criterios para decidir qué parte de esos supuestos lleva la categoría de delito, y desde el momento en que lo hace la convierte en un elemento que forma parte de su propia normativa".⁷

Pero dentro del ordenamiento jurídico, la tarea más temible le corresponde al Derecho Penal, la de sancionar los ataques a los bienes jurídicos más importantes, y en este sentido el Derecho Penal debe ser subsidiario del resto de las normas.

Aquí se expresa su carácter y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos; esto significa que cuando el conflicto puede ser solucionado de una forma menos radical que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquéllas las aplicables. Dentro de las medidas protectoras que hay que considerar, sólo se pueden hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución del problema.

Dentro del ordenamiento jurídico, todas las normas jurídicas poseen sus propias sanciones que resuelven los conflictos. Así se entiende que no solamente el Derecho Penal es el único instrumento sancionatorio. Primero hay que acudir a otra norma, antes

⁷ Mir Puig, Santiago. **Derecho penal**. Pág. 55

de aplicar el Derecho Penal. Y así se puede entender el Derecho Penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes.

Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. La cuestión de si el Derecho Penal crea sus posibilidades o éstas le vienen ya dadas, es pues, más adecuada para oscurecer los problemas solucionarlos y en todo caso, no se puede resolver de un modo general. Sobre todo si se tiene en cuenta, el ordenamiento jurídico no está compuesto de compartimientos cerrados, estancos, sin comunicación entre sí, sino que existe una relación de interdependencia entre ellos, sin que esto implique la subsidiariedad de ninguno.

Existe, pues, una unidad del ordenamiento jurídico en todas sus ramas y un concepto de ilicitud o antijuricidad válido para todas ellas; "lo único que varía son los efectos que se prevén en una o en otra y que cada una se configura de acuerdo con sus necesidades y autónomamente"⁸.

"El Derecho Penal se limita sólo a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter fragmentario, pues de toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento Jurídico el Derecho Penal sólo se ocupa de una parte o fragmento."⁹

Este carácter fragmentario se puede sintetizar en tres supuestos: en primer lugar, defendiendo al bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones y tendencias, excluyendo la punibilidad de la comisión imprudente; en segundo lugar tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del Ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y en tercer lugar, dejando en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales.

Es importante mencionar que la pena tiene como misión prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales, es decir, se trata de una función utilitaria,

⁸ Gómez de la Torre. **Ob. Cit;** pág. 90

⁹ **Ibid.** Pág. 66

que no se funda en postulados religiosos morales, o en cualquier caso idealista, sino en la consideración de que la pena es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales.

La pena no se justificaría como mero castigo del mal, como pura respuesta retributiva frente al delito ya cometido, sino como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros.

Después del contenido anterior dentro de este trabajo de investigación que enseña el Derecho Penal y lo más importante de este, no se puede dejar de mencionar los principios del Derecho Penal.

A continuación, dentro del presente capítulo los mencionare brevemente, y empezare por el principio de proporcionalidad. El autor Beccaria resume este principio en que: "para que la pena no sea violencia de uno o de muchos, contra un particular ciudadano, debe ser la pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes."¹⁰

Este principio también presupone un principio basado en que la intervención restrictiva de los poderes públicos sobre los derechos de los ciudadanos debe ser necesaria, adecuada y proporcionada.

"El principio de proporcionalidad requiere un juicio de ponderación entre la carga de privación o restricción de los derechos que comporta la pena y el fin perseguido con la incriminación y con las penas en cuestión".¹¹

Este principio debe inspirar para la elaboración de las leyes y su interpretación y aplicación por los Tribunales. Existen dentro del principio de proporcionalidad dos aspectos a considerar, en primer lugar, el principio de proporcionalidad en sentido amplio, que es el que se ha mencionado y que se plasma en la protección de bienes jurídicos y de intervención mínima, y sus efectos se basan en la selección de la clase de conductas, que han de configurarse como delito.

¹⁰ Beristain, C. Martín. **Justicia y reconciliación (el papel de la verdad y la justicia en la reconstrucción de sociedades fracturadas por la violencia)**. Pág. 97

¹¹ Gómez de la Torre. **Ob. Cit**; pág. 92

En segundo lugar, está el principio de proporcionalidad en sentido estricto que es la puesta de relación de esas conductas con las consecuencias jurídicas de las mismas, las penas y las medidas de seguridad; y en este sentido, se puede definir como el principio de proporcionalidad de las penas, que el juez al aplicar la ley a raíz de este principio se encuentra con dos momentos, los cuales son:

A) De la pena correspondiente al delito, el principio de proporcionalidad requiere de una relación entre la gravedad de la pena y relevancia del bien jurídico que protege la figura delictiva y a su vez entre la misma y las distintas formas de ataque al bien jurídico que la conducta delictiva puede presentar. Puede decirse que las penas más graves deben reservarse para los delitos que atacan los bienes jurídicos más fundamentales, por lo que la medida de las penas podría establecerse a partir de los delitos contra la vida y la salud, situándose estos bienes jurídicos dentro de la cúspide del ordenamiento jerárquico de bienes jurídicos. A su vez también debo mencionar que las penas de cada delito deben ajustarse y acomodarse a la gravedad del modo de afectación del bien jurídico y a las propiedades subjetivas de la conducta que atenta contra él.

Esta graduación se ha hecho, dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, unas veces en la Parte General del Código Penal de modo abstracto como por ejemplo la tentativa, y la consumación del hecho delictivo, etc. Y otras en la Parte Especial, como por ejemplo atendiendo a las propiedades materiales de la conducta delictiva con la distinción típica y punitiva entre aborto, y aborto natural, etc. También se debe mencionar que este principio está ligado con el requisito material de la prevención, pues sólo las penas que están proporcionadas a la gravedad de los delitos y a su valoración dentro de la sociedad están en condiciones de motivar a los individuos al respeto de la norma.

B) La proporcionalidad de la pena en su aplicación judicial, y esto se refiere a que las penas se han fijado estableciendo en ocasiones diversas alternativas, o sea estableciendo el mínimo y el máximo de duración de las penas privativas de libertad y de derechos, y de las cuantías en lo que se refiere a las multas. Dentro de ese marco legal los jueces pueden aplicar la pena que estimen conveniente de acuerdo a las reglas que

el Código Penal establece según valore el juez ciertas circunstancias o valores que determinen una mayor o menor proporción de lesividad para el bien jurídico o de culpabilidad del sujeto."¹²

El segundo principio es el de Protección de Bienes Jurídicos que a lo largo de la historia los Estados han protegido jurídica y penalmente. El Derecho Penal debe proteger bienes jurídicos, y por tanto, sólo criminalizar conductas penalmente dañosas que atenten contra dichos bienes jurídicos.

Se han desarrollado varias teorías para depurar el catálogo de bienes jurídicos protegidos por las leyes penales, tanto desde un punto de vista sociológico como desde uno valorativo. Según el autor Ignacio Gómez de la Torre: "Desde el punto de vista valorativo se estima que para que un interés pueda ser objeto de protección penal debe tener un fundamento en el orden constitucional. De este modo, valores constitucionales y criterios sociales sirven para depurar el catálogo de bienes jurídicos vigentes y para proponer nuevas incorporaciones."¹³

Como ejemplo se puede mencionar que en las últimas décadas se ha llevado a cabo en países como España o Guatemala una despenalización de delitos, que son considerados puramente morales, y que al estar regulados dentro del Código Penal son incompatibles en un Estado de Derecho, ejemplo de estos delitos es el adulterio, el concubinato etc. Asimismo, también puedo mencionar la incorporación de nuevos delitos socio-económicos que si son consideradas conductas que atentan contra el orden social y los valores constitucionales.

Según el autor Ignacio Gómez de la Torre, el principio de protección de bienes jurídicos no opera sólo en el momento legislativo, de creación del delito, sino también en el momento de aplicación de la ley penal, exigiendo que tanto la figura típica como la conducta comporten una lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, para que el

¹² **Ibid.** Pág.72

¹³ **Ibid.** Pág. 80



bien jurídico se convierta en el elemento central de la interpretación del tipo penal y, por tanto, del alcance de su aplicación.”¹⁴

Es importante mencionar que, la exigencia de peligro o puesta en peligro de un bien jurídico requiere que se cometa el hecho y no se considera lesión cuando es con meros pensamientos, actitudes o modos de vida.

El principio de intervención mínima exige en primer lugar que el Derecho Penal intervenga sólo cuando para la protección de los bienes jurídicos merecedores de ella se han puesto en práctica y resultan insuficientes las medidas que se puedan aplicar de otras ramas del ordenamiento jurídico que no sean represivas, como pueden ser las laborales, administrativas, mercantiles, etc.

Este principio corresponde a lo mencionado anteriormente, que hace referencia de la graduación de la intervención sancionadora administrativa y penal.

Este modo de graduar la intervención penal tras la civil y la administrativa fundamenta constitucionalmente el ya analizado carácter subsidiario del Derecho Penal. No habiendo mucho que ahondar en este tema puesto que ya fue analizado, continuaré con el siguiente principio que es el de culpabilidad.

La idea del principio de culpabilidad viene a responder al principio de personalidad de las penas y al de exigencia de dolo o culpa. Uno se limita a la responsabilidad penal de los autores del hecho delictivo y a los que participan en él como inductores, coautores, cómplices y encubridores.

El otro se limita a que el delito se cometa dolosamente, o al menos por imprudencia, es decir, a propósito o por una inexcusable falta de cuidado. Por último se encuentra el principio de resocialización, y se puede decir que se resume en la idea de ejecución de la pena a través del ofrecimiento de medios para que el sujeto pueda participar en el

¹⁴ **Ibid.** Pág. 75

futuro en la vida social sin recaer en el delito con independencia de que éste asuma o no los valores inherentes a esa vida social.

El principio de resocialización debería tener diversos programas de defensa del reo, como por ejemplo la protección frente al desempleo. Por lo que se puede analizar la afirmación de Von Liszt dice que “la mejor política criminal es una buena política social, que actualmente sigue siendo plenamente en orden tanto de la prevención de criminalidad como a la resocialización de los delincuentes.”¹⁵

No se puede dejar de hacer ver ante este principio que, en Guatemala se encuentra en la Constitución en el Artículo 19, el cual regula que el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos, etc.

1.5 Derecho Penal y Constitución

A lo largo de la historia, desde el Antiguo Régimen hasta la Ilustración, el derecho penal ha sido visto como un puro poder material, represivo, expansivo e insaciable, frente al cual la tarea política y jurídica más notable era ponerle límites: es decir, “construir y desarrollar principios o postulados capaces de limitar el qué y el cómo castigar, para garantizar así los derechos individuales”¹⁶.

Anteriormente los principios como el de legalidad, el de responsabilidad personal o de culpabilidad se extraían de órdenes externas al Derecho Penal, se podría decir que desde el Derecho Natural o desde programas directamente políticos.

Es por esto que el poder punitivo del Estado, se consideraba más una vinculación política que jurídica. Actualmente se estima que un poder del Estado como lo es el punitivo tiene que tener definidos sus fines y principios de su sistema de argumentación y de su aplicación, tanto en la fase legislativa como en la judicial a partir de la definición que la Constitución se establece del poder del Estado.

¹⁵ Gómez de la Torre. **Ob. Cit;** pág. 89

¹⁶ Florián, Eugenio. **Elementos del derecho procesal penal.** Pág. 88

Y esto debe ser así porque ese poder del Estado se realiza mediante normas y decisiones jurídicas y, tanto el legislador que las elabora, como el juez que las aplica, están vinculados por las prescripciones de la Constitución, vinculación que está garantizada por la atribución de un control sobre el legislativo y los jueces a un órgano supremo que es la Corte de Constitucionalidad, con el poder suficiente para corregir tanto a unos como a los otros.

A lo largo de este capítulo se menciona de una forma breve los principios que deben aplicarse en el derecho penal basados siempre en las prescripciones de la Constitución, denominados principios del derecho penal constitucional.

El primero de ellos es el principio de legalidad, y con este principio se puede mencionar que la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789 proclamaba en su Artículo ocho que: la ley no debe establecer más que las penas estricta y manifiestamente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada conforme a la propia ley. Esto es, lo que se define como la filosofía del principio de legalidad.

Este principio tiene tres fundamentos principales los cuales son: “El primero y el principal es el democrático-representativo que está basado en la Constitución al referirse que repugna a la conciencia jurídica que la definición de lo que sea delito y de las penas que le correspondan sea facultad de los jueces.

El principio de legalidad se deriva también de la necesidad de que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que son constitucionalmente legítimos.

El segundo fundamento se basa en el sentido material de las normas, es decir, que los ciudadanos se pueden abstener de realizar determinada norma o realizarla si conocen ya el dato o prohibición con bastante claridad.

Solamente el carácter previo y taxativo de la norma proporciona seguridad y certeza reconocida por la Constitución. Y el último fundamento, es el que debe reconocer que los individuos tienen una garantía de sus derechos fundamentales frente a la privación o restricción de éstos por el Estado, es decir, tiene un fundamento tutelar del individuo.”¹⁷

Para esto también es necesario mencionar la Constitución de la República de Guatemala que en su Artículo 17 regula el principio de legalidad que establece: “No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. No hay prisión por deuda.” Y el Código Penal en su Artículo uno de la legalidad: Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley.

“Otro principio del Derecho Penal Constitucional es el de reserva absoluta de ley, y una forma de explicarlo es poniendo de ejemplo que en otras ramas del Derecho, como lo es la Civil, donde las fuentes del Derecho como la costumbre, o los principios generales del Derecho, se pueden aplicar, a diferencia del ámbito penal para la definición de delitos y la imposición de las penas, no se admite otra fuente que la ley formal, o sea, solamente se aplica el código penal. La materia penal está reservada a la ley.”¹⁸

Es importante mencionar que debido, al principio de reserva a la ley, tampoco la costumbre puede ser fuente de derecho penal, es decir, instrumento de creación de figuras delictivas o de establecimiento o agravación de penas, ni tampoco la jurisprudencia puede ser fuente del derecho penal, es decir, que no puede suceder que la jurisprudencia convierta en punible una conducta que no está prevista en un tipo penal o agrave la pena legalmente prevista.

Como tercer principio se tiene el de determinación, y este principio reclama que las leyes penales deben ser claras y precisas. Este principio tiene una doble dirección. Por una

¹⁷ **ibid.** Pág. 112

¹⁸ **ibid.** Pág. 120

parte éste va dirigido al legislador, exigiéndole que formule la ley penal con la máxima precisión (lex certa) que se denomina principio de taxatividad, tanto en la determinación de la conducta, o tipicidad, como de la pena a imponer, y por otra, dirigido al Juez, exigiendo una aplicación estricta a ley cierta (lex stricta).

Se encuentra en algunos casos que el principio de determinación que va dirigido al legislador se encuentra con una dificultad material: la de encontrar un lenguaje para describir la conducta punible del modo más completo, objetivo y comprensible posible.¹⁹

Como ejemplo se puede mencionar el término matar, que aparentemente es bastante objetivo al otro término como lo es el homicidio; y esto presenta un problema de definición de muerte.

En este ejemplo se puede observar que el legislador no puede limitarse a emplear términos puramente descriptivos y que se comprendan por sí mismos, sino que es inevitable que recurra a términos referenciales, vinculados a normas o valores o a conceptos jurídicos indeterminados, es por eso admisible que el legislador incorpore elementos normativos o valorativos como lo es por ejemplo el dolo, o imprudencia, etc.

Del principio de reserva de ley y el de determinación deriva otro: el de vinculación del juez a la ley, que se refiere a reservar la definición de la materia penal al legislador. Significa excluir a los jueces de tal función. Esto quiere decir que, el juez debe aplicar la ley interpretándola en sentido estricto. Esto es un rechazo a la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide como límite la actividad judicial de que el juez se convierta en legislador.

El principio de irretroactividad, brevemente se explica como una conducta que no puede castigarse como delito sin que previamente a su realización estuviera establecido como tal delito. Se encuentra regulado en la Constitución Política de la República en el Artículo 15 el cual establece que: La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal

¹⁹ Gómez de la Torre. **Ob. Cit;** pág. 76

cuando favorezca al reo. Asimismo, un delito no puede castigarse más que con la pena que estuviera prevista por la ley al tiempo de su comisión.

El contenido más asentado al principio de legalidad es la exigencia de una ley previa a la conducta que la defina como delito. El principio de irretroactividad se asienta en la función de garantía de los derechos fundamentales que desempeña el principio de legalidad en general. Sólo si una conducta está previamente prohibida puede el ciudadano saber que si la realiza incurre en responsabilidad, sólo así puede acomodarse a la ley y disfrutar de seguridad en su posición jurídica. A su vez, sólo si el legislador se acomoda a este principio podrá estimarse que actúa racionalmente y de acuerdo con el sentido material de su propio instrumento jurídico.

La prohibición de retroactividad es una prohibición garantista por ello resulta constitucionalmente legítima la retroactividad de las normas penales favorables, es decir, de las leyes que despenalizan una conducta o que reducen la penalidad de la misma. Que sea legítimo no quiere decir que sea siempre obligado; tan sólo debe serlo cuando la ley posterior se dicte como consecuencia de un cambio de valoración social por parte del legislador de la conducta hasta entonces delictiva o considerada más grave, lo que se expresaba como una pena mayor a la que la ley posterior impone.

Por último, se debe mencionar el principio de Ne bis in idem. Significa que se prohíbe castigar más de una vez a la misma persona por el mismo hecho. Este principio rechaza que un mismo hecho pueda dar lugar a más de una pena, o a la aplicación de una agravante ya tomada en consideración en el delito básico, o a una sanción penal acompañada de sanción administrativa.

Lo que el principio defiende es la prohibición de la duplicidad de sanciones para un mismo sujeto, por un mismo hecho y por sanciones que tengan un mismo funcionamiento, o dicho de otro modo, que tutelen un mismo bien jurídico. Con este último principio, se termina de mencionar y explicar brevemente lo que son los principios penales constitucionales, los cuales son de mucha importancia para este trabajo de investigación, ya que antes que nada se debe reconocer que el Derecho Penal está

creado bajo las prescripciones de la Constitución y bajo ésta se reconocen sus principios.

Como se irá analizando en el transcurso de este trabajo de investigación, la Convención Interamericana contra la Corrupción, solicita a los Estados Partes que aún no lo hayan hecho, que adopten las medidas legislativas que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en la CICIG, es por este motivo que se vio la necesidad de incluir este capítulo, porque al analizar nuestro orden jurídico se encuentra un sistema jerárquico en el cual la validez de una norma depende de su adecuación a otras de carácter jerárquicamente superior, hasta llegar a la Constitución que es la ley suprema.

Por lo tanto, para poder hacer la propuesta de adaptación de la CICIG a la legislación penal guatemalteca, y cumplir con el objetivo de esta investigación, no se puede dejar de seguir una secuencia de importancia y de jerarquía de leyes, ya que como se mencionó anteriormente el Derecho Penal está creado bajo las prescripciones de la Constitución.





CAPÍTULO II

2. La función pública y el funcionario público

Toda persona, que se encuentra desempeñando un cargo en el Estado, ejerce una función pública, y a su vez se convierte en un funcionario público, del Estado.

2.1. El principio de legalidad

El principio de legalidad administrativa, responde a que toda la actividad administrativa del Estado debe fundarse en ley, como medio para establecer y consolidar el Estado de Derecho. "El origen de este principio se debe a que fue divulgado en una tesis por el autor Merkl en el año de 1925, y lo que estableció este autor fue que la actividad administrativa de las organizaciones, funcionarios y empleados públicos deben basarse en ley"²⁰.

En los Estados como el de Guatemala, que es un modelo de Estado de Derecho, se consagra el principio de legalidad y éste responde a que toda la actividad administrativa de las organizaciones, funcionarios y empleados públicos debe estar sometida a la ley.

El principio de legalidad que rige para los funcionarios públicos es fundamental, pues enriquece la expectativa de las personas respecto a que la función del Estado se cumpla de conformidad a su naturaleza generando seguridad jurídica de las acciones de los funcionarios. El fin práctico del principio de legalidad es evitar la arbitrariedad que conduce en definitiva al abuso del poder.

El sentido de la legalidad no significa únicamente el cumplimiento de su carácter formal, que incluye su proceso de creación y designación como tal, sino que también adquiere un sentido sustancial, por cuanto que la Constitución establece la coherencia entre ésta y todo el sistema normativo.

²⁰ Castillo González, Jorge Mario. **Derecho administrativo**. Pág. 106

Por esta razón se establece que ninguna ley podrá contrariar sus disposiciones, las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas de pleno derecho. De esta manera, se establece un sistema normativo integrado, tanto en su forma como en su contenido, donde la Constitución establece los principios y las leyes su aplicación inmediata.

El principio de legalidad es fundamental para comprender el fenómeno de la corrupción, pues el mismo “se refiere a las acciones u omisiones de los funcionarios públicos cuando cometen violación del interés público encaminado a la obtención de privilegios, de ventajas especiales, a favor de los propios administradores, amigos o socios”²¹.

“Corrupción es una conducta que se desvía de las obligaciones del orden público normales debido a intereses personales o beneficios monetarios o de orden social; o que viola normas respecto al uso de cierto tipo de influencias con fines personales”²². Esta definición incluye conductas tales como el cohecho (utilización de gratificaciones con el fin de influenciar el juicio de una persona de cierta jerarquía, nepotismo (elección por vínculos familiares y no por méritos personales) y malversación de fondos (apropiación ilícita por particulares de recursos públicos).

Se entiende como Ley, “todo precepto legal que esté conforme al Derecho y por lo tanto sea jurídicamente normal o regular. Tanto en un sentido formal es decir, que el acto sea realizado dentro de las funciones que la ley le otorga y los procedimientos establecidos en la misma, como en un sentido material, es decir, de acuerdo a los fines que persigue el ordenamiento jurídico, especialmente el fin último del Estado que es la protección de la persona”²³.

Para el autor Luis Ramírez, “el principio de legalidad que rige para los funcionarios públicos es fundamental, pues enriquece la expectativa de las personas respecto a que la función del Estado cumpla de conformidad a su naturaleza generando seguridad jurídica de las acciones de los funcionarios. El fin práctico del principio de legalidad es evitar la arbitrariedad que conduce en definitiva al abuso del poder. El sentido de la

²¹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 560

²² **Ibid.** Pág. 149

²³ **Ibid.** Pág. 578

legalidad, no significa únicamente el cumplimiento de su carácter formal, que incluye su proceso de creación y designación como tal, sino que también adquiere un sentido sustancial, por cuanto que la Constitución establece la coherencia entre ésta y todo el sistema normativo. El principio de legalidad es fundamental para comprender el fenómeno de corrupción, pues el mismo, en forma general, se refiere a las acciones u omisiones de los funcionarios públicos tendientes a la violación del interés público encaminadas a la obtención de privilegios, de ventajas especiales.”²⁴

Es importante entender que al hablar del principio de legalidad, se producen ciertas consecuencias, como primera se encuentra que la actividad administrativa que debe someterse a lo que disponga la ley; como segundo es que los funcionarios y empleados deben respetar la ley en sus decisiones; y como tercero la ley establece límites a la organización a funcionarios y empleados públicos, que deben observar en las actividades que ejecuten.

Pero también se debe mencionar que al violar el principio de legalidad se crean diversas situaciones de ilegalidad y violación a la ley y éstas crean consecuencias; se interpreta la ley en forma caprichosa y a discrecionalidad del funcionario público, por lo tanto se restringe el campo de aplicación de la ley, y se atribuye el funcionario facultades y competencias que no le corresponden.

Es por esto que la finalidad del principio de legalidad debe ser:

1. Dar seguridad jurídica a los habitantes del Estado, dicha seguridad se refiere al acatamiento de la ley, evitando la discrecionalidad y las decisiones arbitrarias;
2. Da firmeza a las decisiones administrativas, esto se refiere a estabilizar las decisiones de modo que el funcionario no tome decisiones de acuerdo a sus intereses y beneficios personales; y

²⁴ Ramírez García, Luis Rodolfo. **Adaptando la legislación penal de Guatemala a la Convención Interamericana contra la corrupción.** Pág. 9

3. Hacer de la ley un instrumento de poder y de competencias, limitado por la misma ley.”²⁵

Según el autor Jorge Mario Castillo, los alcances del principio de legalidad dependen de la observancia de las reglas que se aplican en cada legislación estatal y en Guatemala se deben de cumplir estas reglas:

1. Las decisiones de la organización, funcionarios y empleados públicos, no deben contradecir, disminuir y tergiversar las normas previstas en la Constitución Política y en las leyes ordinarias.
2. Las normas dictadas por organizaciones, funcionarios y empleados dependientes o subordinados, no deben contradecir, disminuir y tergiversar las normas dictadas por organizaciones, funcionarios y empleados superiores. Un ejemplo de esto es que las normas dictadas por el ministro de Estado por acuerdo ministerial no deben contradecir, disminuir y tergiversar las normas dictadas por el Presidente de la República por acuerdo gubernativo.
3. Las decisiones tomadas por determinada organización no deben contradecir, disminuir y tergiversar las normas contenidas en los reglamentos de la organización. Esta regla obliga a funcionarios y empleados a respetar y acatar las normas que regulan la organización.”²⁶

Por último quiero mencionar que uno de los elementos de la función pública es que ésta debe estar integrada dentro del ordenamiento jurídico vigente, para que pueda tener, por una parte la fuerza coercitiva que conllevan los actos administrativos; y por la otra para la debida protección del ciudadano, a fin de que el ejercicio de la función pública no sea manipulado arbitrariamente.

²⁵ Castillo Gonzáles. **Ob. Cit;** pág. 106

²⁶ **Ibid.** Pág. 107



Aquí la ley, actúa como limitación de poder y al mismo tiempo, como un factor que conlleva obligatoriedad para todos.

2.2. La Función Pública

El tratadista Mayer, entiende por Función Pública “un círculo de asuntos que deben ser regidos por una persona ligada con el Estado por la obligación del Derecho Público de servirle.”²⁷

El concepto de corrupción, está relacionado directamente con la Función Pública y los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. La importancia de analizarla es poder determinar si esto constituye un bien jurídico que merece ser tutelado por el Derecho Penal.

La Constitución Política de la República de Guatemala, señala que el poder público y su ejercicio están sujetos a las limitaciones señaladas por esta Constitución y la ley.

De aquí se puede partir diciendo que en un Estado de Derecho el principio de legalidad comienza con el sometimiento del poder público a las leyes de Guatemala.

“Según el tratadista Mayer se pueden señalar cinco etapas históricas de la función pública las cuales son:

1. En una primera época, la función pública correspondía, en último término, al pueblo reunido en Asamblea; y todo individuo debía encontrarse preparado adecuadamente para asumir y cumplir con las funciones y deberes asignados por esa misma asamblea. Este fenómeno, se daba como consecuencia de la simplicidad de las funciones del gobierno y el carácter integral de la educación, lo que hacía posible la individualización de la función pública.

²⁷ Mayer, citado por Bielsa, Rafael. **Derecho administrativo**. Pág. 171

2. En una segunda época, se daba la organización por clases. En esta etapa el gobierno del Estado se encontraba en posesión de una o varias clases, los nobles, militares, religiosos, los cuales se alternaban el poder político y por ende la administración pública. En esta etapa la función pública era hereditaria, particularmente en la edad media.
3. La tercera época, se inicia con la edad moderna, las incipientes nacionalidades, y algunos países como por ejemplo España, Inglaterra y Alemania por su administración de numerosas colonias. Empiezan a preparar sectores para el manejo de la Administración Pública, y con esto se inicia la burguesía.
4. La cuarta época; comienza con la Revolución Francesa, rompiéndose el Estado clasista; y es así como la pequeña burguesía substituye esas clases cerradas del gobierno, para la apertura popular en el manejo de la Administración Pública.
5. La última y quinta época; está representada por la tecnificación de la Función Pública donde ya se crean estructuras apropiadas y se prepara adecuadamente a quien trabaja en la administración, mediante cursos y escuelas específicas.”²⁸

Algunos tratadistas se refieren a la Función Pública del Estado, tomándola como sinónimo de Administración, y por lo general la contemplan como actividad equivalente a la de gobierno, caso que considero se da en Guatemala.

El autor Kelsen, establece que "la función del Estado se conoce con el nombre de administración, función pública o función estatal y en un sentido amplio se considera como ejercicio de todas las potestades para lograr la convivencia normada."²⁹

Asimismo afirma que el fin último de esta función pública es el bien común, o como tradicionalmente se dice: "El fin último del Estado".

²⁸ **ibid.** Pág. 173

²⁹ Luna Troccoli, Héctor José. **Responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos en la legislación Guatemala.** Pág. 41

La Función Pública constituye la actividad proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales. La función pública según el autor Rafael Bielsa, "es una organización y distribución de competencias entre los órganos del Estado para realizar el cometido que le ha sido asignado"³⁰. De acuerdo con lo anterior se puede afirmar que la Función Pública se encuentra dentro de la esfera del Derecho Administrativo, que a su vez está localizado dentro del Derecho Público, por lo que en resumen diremos que es parte de ambas.

Por último se dará una definición de Función Pública, del autor Héctor José Luna Troccoli, que contiene todos los elementos y características que se mencionaron anteriormente y la cual parece muy acertada: "es aquella función que realizan los servidores públicos, dentro de la Administración, ejerciendo en conjunto las actividades del Estado, que tiene como principal objeto la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas por medio de actos concretos dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley".³¹

Para establecer si una actividad encaja dentro de lo que es una Función Pública, se deben distinguir cuatro elementos según mi punto de vista:

La Función Pública es realizada por la persona natural, los servidores públicos o funcionarios públicos. Esto significa que sólo las personas individuales pueden ejercerla, por lo tanto quedan excluidas las personas jurídicas. Como regla general la función pública es de la competencia del Estado, pero su realización concreta y material es atribución de los servidores públicos o funcionarios públicos, dentro de los puestos que desempeñan en la administración.

El segundo elemento se refiere al interés del Estado. Así por ejemplo, para la actividad de un proveedor del Estado su interés es personal, en cambio la función pública tiene como interés estar al servicio del Estado.

³⁰ Bielsa. **Ob. Cit**; pág. 172

³¹ Luna Troccoli. **Ob. Cit**; pág. 39

El tercer elemento es el que tiene como principal objeto la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas por medio de actos concretos.

El cuarto elemento es que la Función Pública, se da dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley, por lo tanto no podemos negar que la función pública debe estar integrada dentro del ordenamiento jurídico vigente, para que pueda tener, por una parte la fuerza coercitiva que conllevan los actos administrativos; y por la otra para la debida protección del ciudadano, a fin de que el ejercicio de la función pública no sea manipulado arbitrariamente. Aquí la ley actúa como limitación de poder y al mismo tiempo, como un factor que conlleva obligatoriedad para todos.

Para el autor Guillermo Cabanellas, Función Pública es: "las actividades que desempeñan los organismos, autoridades, agentes y auxiliares del poder público para el ejercicio real y efectivo de este mismo poder en cualquiera de sus órdenes y aspectos."³²

Y por último la definición del autor Andrés Serra Rojas el cual dice: "la propia transformación del Estado lo ha obligado a requerir personal humano; estas personas físicas deben estar conscientes de que precisan de una adecuada preparación en el orden técnico, bajo una disciplina severa, si es que en realidad comprenden los elevados fines que desempeñan. Este conjunto de individuos están catalogados bajo la denominación de burocracia, que suele llamarse aquellos a quienes sirven al Estado."³³

Al hablar de Función Pública, es importante detenerse un poco a hablar sobre la burocracia debiendo mencionar dos aspectos importantes a tratar:

El primero se refiere a la cooperación de los propios usuarios de servicios estatales que en carne propia sufren las consecuencias derivadas de una desordenada administración. Su contribución consiste en impedir que se produzcan actos ilícitos. Es lamentable confirmar que la mayoría de veces los actos de corrupción proceden de la conducta de los propios funcionarios, que incurren en cohecho para obtener resoluciones

³² Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 735

³³ Serra Rojas, Andrés. **Derecho administrativo: doctrina, legislación y jurisprudencia**. Pág. 64

administrativas que les favorecen para negocios ilegales, lo cual debe ser sancionado y muchas veces no lo es.

El segundo radica en que debe repararse fundamentalmente en la designación de los funcionarios públicos de solvencia moral, capaces de enfrentarse a actos que los corrompen; pero por desgracia la falta de idoneidad motivada por los partidos políticos es la fuente de estos males, ya que ponen en esos cargos a empleados incondicionales para éstos, para convertir a la función en instrumento de arbitrariedad a manera de obtener recursos ilícitos y esta es una de las causas principales por las que comienza la corrupción.

Esta crisis no se ha logrado erradicar en nuestro sistema legal, ni en nuestro país, sobre todo porque cada gobierno que entra en el poder lo sigue repitiendo, y a mi juicio se debe en gran parte a la ausencia de una verdadera formación tanto cívica como a la ausencia de un código de ética, y a la falta de leyes protectoras que contemplen una carrera para preparar a los funcionarios públicos, tanto a nivel académico y técnico, y primordialmente al logro de la elevación moral y cívica; de quienes han recibido el encargo de representar y servir a la comunidad.

Existen ciertas causas que demeritan la función pública:

En primer lugar se puede señalar el favoritismo que ya se mencionó con anterioridad, esto quiere decir la preferencia del funcionario para determinados empleados públicos bajo su mando, ligados por lazos afectivos o partidarios.

En segundo lugar, la arbitrariedad, que siendo opuesta a la juridicidad negadora del Derecho mismo, repercute en la administración, provocando resentimiento que frena el sentido de iniciativa y superación.

En tercer lugar la intromisión de la política y de los partidos políticos, lo cual afecta seriamente a que la función pública pueda ser desempeñada por personas que realmente están preparadas y desnaturaliza la carrera administrativa.

El ingreso a los puestos de la administración pública no debe estar condicionado a la previa filiación de un partido político, pero lastimosamente este será un proceso muy difícil de erradicar ya que ha existido desde siempre.

2.3. Funcionario público y empleado público

Aunque es una palabra muy difícil de concretar, por las diversas opiniones acerca de su amplitud, cabe establecer provisionalmente que funcionario es toda persona que desempeña una función o servicio, por lo general público y al servicio del Estado.

Se pueden establecer dos categorías de funcionarios públicos dependiendo de su ámbito de competencia: funcionario será quien tiene determinado poder de decisión en el ámbito administrativo, por el otro lado empleado público desarrollará funciones no decisivas en la función pública, asesoramiento, asistencia, etc., dentro de los mandatos que se le den definidos.

Es por eso que para definir bien el concepto de funcionario público se tendrá que enmarcar a la persona que realiza funciones públicas, entendiendo a la función pública como la actividad del Estado que tiene como fin el bien común y el desarrollo integral de la persona.

El autor Rafael Bielsa explica: "la actividad del Estado se realiza por funcionarios que expresan la voluntad de él al que por consiguiente representan; y por empleados que obran para el Estado, en una esfera dada de actividad, pero que no representan ni expresan su voluntad".³⁴

Asimismo Rafael Bielsa expresa: "que el funcionario público posee dos clases de funciones o actividades: una es la autoridad y la otra la gestión; La autoridad se refiere a dictar decisiones en general obligatorias, o sea de orden.

³⁴ Bielsa. **Ob. Cit**; pág. 172.

La gestión se refiere a la realización misma del acto o de la orden, pero no usando la potestad. Define al empleado público como la persona que realiza una actividad personal para el Estado, sea intelectual o física, a veces de una importancia mayor que la de la función, pero en substancia se trata de una locación de servicios. Los empleados no ejercen autoridad externa, sino solamente interna, de orden jerárquico³⁵.

Según el autor Armando Rafael Téllez García, “en Guatemala se considera funcionario público a los trabajadores del Estado, aquellas personas que ingresan por diferentes formas a la administración. El concepto trabajador del Estado no suele usarse corrientemente en nuestro medio. Se emplea más bien la denominación empleado de tal o cual dependencia pública”.³⁶

Pero realmente el cargo de funcionario público está dividido en diferentes clases que de acuerdo al autor Héctor José Luna Troccoli deben tomarse en cuenta y las cuales son:

Altos funcionarios: Dentro de estos están los funcionarios de alto rango es decir los Presidentes de los poderes del Estado, ministros, magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Procurador General de la Nación, legisladores, viceministros, gobernadores departamentales, consejeros del Estado, secretarios y subsecretarios de la Presidencia, etc. Esta es la que se considera de la alta jerarquía. Su designación obedece a razones de orden político y a ellos está encomendada la decisión y responsabilidad de los negocios públicos, en resumen podemos decir que son las personas físicas que expresan la voluntad del Estado. Todos estos gozan de inmunidad.

Los funcionarios públicos propiamente dichos: aquí se puede incluir a los ejecutivos de las decisiones del Estado es decir directores generales, jefes de departamentos o secciones ministeriales, etc.

³⁵ **Ibid.**

³⁶ Téllez García, Armando Rafael. **La función pública. Necesidad de una ley de servicio civil en Guatemala.** Pág. 24



Funcionarios Técnicos: se les denomina a los que tienen la misión de asesorar o dictaminar en materia determinada. Ellos se rigen por condiciones especiales, en cuanto a su remuneración y el horario. Por lo general las asesorías técnicas son ejercidas por profesionales de las diferentes ramas.

Los empleados de carrera o empleados públicos, denominación en la cual están comprendidas las múltiples clasificaciones de las diferentes oficinas públicas: oficiales mayores, notificadores, oficinistas, todas las clases de trabajadores existentes incluyendo maestros, empleados del Organismos judicial, etc. Esta prestación tiene carácter de permanente; forman la parte administrativa del Estado.³⁷

Pero si se rige por la ley, esta clasificación de funcionario público, puede ser en teoría, porque en mi criterio la ley guatemalteca sí hace diferencia o por lo menos siempre menciona al funcionario público o empleado público.

En el Código Penal se define lo que es el funcionario público y el empleado público. Es necesario mencionar las diversas leyes en Guatemala, que regulan la calidad de Funcionario Público o empleado público.

El Código Penal en su parte de Disposiciones Generales da una definición para funcionario público y empleado público, esto debe ser para que al juzgador se le facilite la labor de imponer una responsabilidad penal así como la calificación del delito. Daremos la definición establecida en el Código Penal, Artículo uno inciso segundo: "Se entiende por funcionario público quien, por disposición de la ley, por elección popular o legítimo nombramiento, ejerce cargo o mando, jurisdicción o representación, de carácter oficial. Y por empleado público quien, sin facultades legales de propia determinación, realiza o ejecuta lo que se le manda, o desempeña labores de agente o guardián de orden público".

³⁷ Luna Troccolí. **Ob. Cit;** pág. 36

Como ya se ha mencionado que la Constitución regula en su Artículo 154 en forma general la función pública y los funcionarios públicos, y establece: Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno. La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley, y no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de fidelidad a la Constitución.

Otra Ley, necesaria mencionar es la Ley del Servicio Civil, la cual sólo hace mención del servidor público, en su Artículo cuatro, el cual establece que: se considera servidor público, la persona individual que ocupe un puesto en la administración pública en virtud del nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo legalmente establecido, mediante el cual queda obligada a prestarle sus servicios o a ejecutarle una obra personalmente a cambio de un salario, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata de la propia administración pública.

Por último, la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, no hace ninguna referencia distintiva entre funcionario y empleado público, solamente se entiende que está dirigida a ellos por su mismo nombre.

Otra de las diferencias que se encuentra entre funcionario público y empleado público es que el funcionario público está colocado en un puesto más alto, su responsabilidad frente a los intereses es evidente ya que su posición en el cargo lo coloca en una posición capaz de tomar decisiones importantes que están sometidas a su consideración.

Según el autor Armando Rafael Téllez García "el funcionario público se caracteriza: por expresar y participar en la formación y ejecución de la voluntad estatal, decidiendo y llevando a cabo sus determinaciones, por su carácter representativo al participar en actos públicos. Por lo tanto se puede decir que los ministros del Estado, encajan dentro de este concepto, puesto que ellos son los que tienen a su cargo determinar la política confiada a su ramo de acuerdo con las políticas diseñadas del cual forman parte.

Aquí se puede mencionar otra diferencia entre altos funcionarios y los empleados públicos, pues los altos funcionarios representan la voluntad del Estado y tratan de cumplir con la política del gobierno, en cambio los otros cumplen una función mas bien administrativa, son aquellos que ponen su actividad personal al servicio de los fines del interés público cumpliéndolos de hecho o ayudando a su realización.³⁸

Se pueden dar otras definiciones de funcionario público. Una de las más acertadas que encontré en la realización de este trabajo es la del autor Rafael Bielsa, da el concepto de funcionario público como: "funcionario público es el que, en virtud de designación especial y legal, sea por decreto ejecutivo, sea por elección y de manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y a expresar o ejecuta la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un orden público ya sea actividad jurídica o social."³⁹

Otra diferencia que se puede mencionar, y que a mi punto de vista se da en la realidad de nuestro país, es que el funcionario público desempeña su función de forma temporal, puesto que el poder es transitorio, debido a que estos puestos los ocupa la gente del gobierno que está de turno.

En cambio el empleado público no tiene esa condición ya que su permanencia puede ser temporal o permanente. Entonces se puede decir que el empleado público es un ciudadano al servicio de su país que ingresa a la administración pública con el objeto de trabajar por la prosperidad de él.

2.4. Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios Públicos y Empleados Públicos:

Las transformaciones producidas en el marco legal del Estado no sólo desarticularon los factores estructurales que podían favorecer prácticas corruptas, sino que actuaron

³⁸ Téllez García. **Ob. Cit;** pág. 35

³⁹ Bielsa. **Ob. Cit;** pág.73

simultáneamente sobre la recreación de valores como la estabilidad, la equidad, la responsabilidad y la eficiencia.

Nuestro país participó activamente en la elaboración de la Convención Interamericana contra la Corrupción, primer instrumento internacional mediante el cual los Estados de América definen objetivos y adoptan obligaciones, no sólo desde el punto de vista político sino también jurídico, en la lucha contra la corrupción.

Esta Ley, Decreto 89-2002, entró en vigor el uno de Febrero del año 2003 y tiene por objeto:

- a. crear normas y procedimientos para transparentar el ejercicio de la administración pública y asegurar la observancia estricta de los preceptos constitucionales y legales en el ejercicio de las funciones públicas estatales;
- b. evitar el desvío de los recursos, bienes, fondos y valores públicos en perjuicio de los intereses del Estado;
- c. establecer mecanismos de control patrimonial de los funcionarios y empleados públicos durante el ejercicio de sus cargos;
- d. prevenir el aprovechamiento personal o cualquier forma de enriquecimiento ilícito de las personas al servicio del Estado y de otras personas individuales o jurídicas que manejen, administren, custodien, recauden e inviertan fondos o valores públicos, determinando la responsabilidad en que incurran.

La presente Ley, cumple con establecer la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos y como lo señala el capítulo I de este trabajo de investigación, el Derecho Penal es subsidiario y sólo debería intervenir cuando el derecho administrativo en este caso, la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos sea insuficiente para evitar comportamientos lesivos.

Se debe señalar el significado de probidad y lo que esta palabra implica para los funcionarios públicos, y según la autora Cynthia Fernández "La probidad como exigencia del servicio público, impone al funcionario el correcto uso del tiempo laboral y de los

recursos públicos a que tiene acceso como medio para alcanzar el fin general. El ejercicio eficiente, leal y responsable del cargo significa:

Hacer uso responsable y honesto del tiempo laboral.

Ejercer las tareas con el máximo esfuerzo para obtener la mayor productividad.

Esforzarse por mejorar los sistemas administrativos y de atención de usuarios.

Emitir siempre juicios objetivos

Ser honesto, justo, cuidadoso, respetuoso y cortés en el trato con jefes, subalternos, compañeros y usuarios del servicio.

Evitar conductas oficiales o privadas que puedan socavar la confianza del público en la integridad del funcionario y del gobierno al que sirve.”⁴⁰

Puesto que la misma Ley señala cuáles son los principios de probidad en su Artículo seis, se indicarán los principios dirigidos a los funcionarios y empleados públicos y dice así son principios de probidad los siguientes:

- a. El cumplimiento estricto de los preceptos constitucionales y legales;
- b. El ejercicio de la función administrativa con transparencia;
- c. La preeminencia del interés público sobre el privado;
- d. El apoyo a la labor de detección de los casos de corrupción a través de la implementación de los mecanismos que conlleve a su denuncia;
- e. La actuación con honestidad y lealtad en el ejercicio del cargo o empleo o prestación de un servicio;

⁴⁰ Fernández Roca, Cynthia Sulema. **Análisis histórico-doctrinario y jurídico en relación a la ley de probidad y responsabilidades de funcionarios y empleados públicos.** Pág. 26

- f. La incorporación de una estructura de incentivos que acceda a que en la administración pública ingresen, asciendan y permanezcan las personas más idóneas, mediante la valorización de su desempeño en un cargo o empleo público a través del fortalecimiento del sistema de calificaciones, de remuneraciones y de reconocimientos;
- g. El fortalecimiento de los procedimientos para determinar la responsabilidad de los servidores públicos; y
- h. El establecimiento de procedimientos administrativos que faciliten las denuncias por actos de corrupción.

Es obvio que los funcionarios públicos al cumplir su función en el cargo que ocupan, así como tienen deberes también tienen derechos, pero uno de los elementos que interesa analizar en el presente trabajo de investigación, por su estrecha relación con el tema es la Responsabilidad Penal de los Funcionarios Públicos.

Para esto se formula la pregunta ¿En qué consiste o qué es la responsabilidad? Se considera que la responsabilidad viene ligada con la obligación. Existen muchas clases de responsabilidades tales como la responsabilidad moral, religiosa, jurídica, administrativa, etc. Aunque en este caso interesa la responsabilidad jurídica penal.

En cuanto a la responsabilidad, el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define lo siguiente: “la obligación para reparar por sí o por otro, los daños que causaren, a consecuencia de acciones u omisiones, delito o cualquier otra causa legal, realizados en el ejercicio de sus funciones.”⁴¹.

Según el autor Rafael Bielsa, la responsabilidad de los funcionarios públicos es de dos clases: “la general que es la que le obliga como miembro de la sociedad regida por el derecho, y la especial que es la que le concierne como agente de órgano del Estado.”⁴²

⁴¹ Real Academia de la lengua. **Diccionario de la lengua española**. Tomo I. 1984. Pág.1125

⁴² Bielsa, Rafael. **Ob. Cit**; pág. 53

En Guatemala la responsabilidad del funcionario público comienza desde nuestra Constitución, la cual establece:

Artículo 154: “los funcionarios públicos son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial...”.

Artículo 27: “se considera como circunstancia agravante el inciso 12, que se refiere al abuso de autoridad, así como todos los otros delitos contemplados en el Código Penal en el Título XII, De los delitos contra la Administración Pública, capítulo II, de los delitos cometidos por funcionarios o por empleados públicos”.

Artículo 418 al 452 del Código Penal. El autor Héctor José Luna Troccoli, en su tesis “Responsabilidad de los Funcionarios y Empleados Públicos en la legislación Guatemalteca”⁴³, se basa en diversos tratadistas que establecen una serie de aspectos que determinan la responsabilidad del funcionario:

La intencionalidad: Cuando se pone en evidencia la intención del funcionario de obrar en su propio interés o por cuenta propia, ya sea excediéndose de sus funciones, abusando de éstas, o aprovechando las mismas para conseguir beneficios propios y o conseguir sus propósitos.

Que sea un hecho personal: Que sea un acto personal cometido por el funcionario, saliéndose del acto administrativo normado y reglamentado, lo que da lugar a:

Que se produzca un hecho ilícito: Que se produzca un hecho o un acto que se aparte de las leyes específicas que vaya en contra de las leyes.

⁴³ Luna Troccoli. **Ob. Cit;** pág. 34



Que cause daño o perjuicio: o sea que cause un daño de carácter administrativo o de carácter penal.

Que exista dolo o culpa: el dolo se refiere a la intencionalidad, es decir, que el funcionario, a sabiendas de que lo que hace no es lícito, lo realiza para su propio beneficio. O bien la culpa se refiere a que por acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia.

En cuanto a la legislación guatemalteca, los funcionarios son responsables legalmente por su conducta oficial. Por supuesto que no se puede olvidar la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos Decreto 89-2002 la cual en su Artículo siete regula que: Los funcionarios públicos conforme los denomina el Artículo cuatro de esta Ley, están obligados a desempeñar sus deberes, atribuciones, facultades y funciones con estricto apego a la Constitución Política de la República y las leyes.

En consecuencia, están sujetos a responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal por las infracciones, omisiones, acciones, decisiones y resoluciones en que incurrieren en el ejercicio de su cargo.

Asimismo, el capítulo II Responsabilidad de las personas al servicio del Estado Artículo 10 regula la responsabilidad penal el cual dice así: Genera responsabilidad penal la decisión, resolución, acción u omisión realizada por las personas a que se refiere el Artículo cuatro (que menciona a quienes va dirigida esta ley, en este caso a los funcionarios o empleados públicos) de esta Ley y que de conformidad con la ley penal vigente, constituyan delitos o faltas.

Al haber mencionado los Artículos de la responsabilidad penal, es también importante que se mencione: el Artículo 18 el cual regula las prohibiciones de los funcionarios públicos el cual dice así: "Además de las prohibiciones expresas contenidas en la Constitución Política de la República y leyes especiales, a los funcionarios y empleados públicos les queda prohibido:



Aprovechar el cargo o empleo para conseguir o procurar servicios especiales, nombramientos o beneficios personales, a favor de sus familiares o terceros mediando o no remuneración.

Utilizar el poder que le confiere el ejercicio del cargo empleo en las entidades del Estado, autónomas o descentralizadas, para tomar, participar o influir en la toma de decisiones en beneficio personal o de terceros.

Solicitar o aceptar directamente o por interpósita persona, dádivas, regalos, pago, honorarios o cualquier otro tipo de emolumentos adicionales a los que normalmente percibe por el desempeño de sus labores.

Utilizar bienes propiedad del Estado o de la institución en la que labora, tales como vehículo, material de oficina, papelería, viáticos y otros, fuera del uso oficial, para beneficio personal o de terceros.

Usar el título oficial del cargo o empleo, los distintivos, la influencia, o el prestigio de la institución para asuntos de carácter personal o de terceros.

Utilizar los recursos públicos para elaborar, distribuir o enviar regalos, recuerdos, tarjetas navideñas o de cualquier otra ocasión.

Utilizar el tiempo de trabajo para realizar o prestar asesorías, consultorías, estudios y otro tipo de actividades a terceros, que le generen beneficio personal.

Disponer de los servicios del personal subalterno para fines personales o en beneficio de terceros.

Realizar trabajos o actividades, remuneradas o no en horarios que no son de su trabajo, que estén en conflicto con sus deberes y responsabilidades, o cuyo ejercicio pueda poner en riesgo la imparcialidad de sus decisiones por razón del cargo o empleo.



Utilizar los materiales de oficina, vehículos, teléfonos, fondos públicos, el tiempo pagado por el Estado al funcionario o a sus subalternos, los conocimientos, información, el título oficial, papelería, el prestigio o la influencia de la institución para el logro de objetivos políticos personales o del partido al que pertenece.

Solicitar a otros gobiernos o empresas privadas colaboración especial para beneficio propio o para un tercero.

Actuar como abogado o representante de una persona que ejerce reclamos administrativos o judiciales en contra de la entidad a la cual sirve estando en el ejercicio del cargo o empleo.

Nombrar y remover al personal por motivos o razones político partidistas o ideológicos. Discriminar en la formulación de políticas y en la prestación de servicios a personas o sectores de personas, por razón de su afiliación política así como por cualquiera otra causa que infrinja el derecho de igualdad.

Utilizar recursos humanos y financieros del Estado para la promoción política, personal o del partido político al que pertenece”.





CAPÍTULO III

3. La impunidad

En la actualidad en un acto por medio del cual persona y entidades, se escudan para realizar ilícitos que tienen como resultado la pérdida de valores sociales, llevando al caos institucional que el Estado esta soportando.

Esta falta de confianza se sustenta en una correcta apreciación del papel de la administración de justicia a lo largo del desarrollo histórico del país y en especial en los años del enfrentamiento armado. Los individuos han desarrollado otras formas de protección que les permiten luchar por sus derechos, reducir la conflictividad general y estabilizar y desarrollar sus vidas. Del mismo modo, los grupos y movimientos sociales han recurrido a otras fórmulas de reivindicación y lucha para alcanzar sus objetivos.

Las grandes deficiencias advertidas en el funcionamiento de la administración de justicia en este período son unas de las causas que fundamentan las principales razones de esta desconfianza. De modo significativo, ha incidido el hecho de que los organismos de justicia terminara plegándose, por comisión u omisión, a los requerimientos impuestos por el modelo de seguridad nacional imperante; se permitió que la impunidad se convirtiera en uno de los más importantes mecanismos para generar y mantener el terror.

Estos factores se combinaron para impedir que en Guatemala existiera en la práctica un Estado democrático de Derecho. De ahí que una de las tareas más complejas del proceso de paz radica en reconstruir su trama básica, volverlo útil para toda la población y lograr que tanto los grupos sociales como los individuos comiencen a canalizar sus demandas y conflictos a través del sistema normativo y de la administración de justicia.

La herencia de esta situación de impunidad genera, a su vez, consecuencias en otras áreas. Por ejemplo, no permite revertir la supremacía imperante del Poder Ejecutivo sobre los otros dos poderes del Estado, circunstancia que atenta contra los principios



básicos de un régimen democrático. Impide también que la discusión parlamentaria en torno a la formulación de las leyes cuente con el adecuado respaldo social, agravando la crisis del sistema legislativo.

Esto incide sobre los partidos políticos, que se ven debilitados, pues los individuos y grupos sociales aún no reconocen con claridad que a través de ellos pueden participar activamente en la discusión sobre los alcances del sistema normativo, es decir, en la definición de los derechos de los ciudadanos y las obligaciones del Estado y sus funcionarios.

De este modo quedó roto el circuito político de una democracia, fundada en el Estado de Derecho: su reconstrucción desde sus bases es uno de los grandes desafíos para el futuro.

3.1. Definiciones

Es el estado en que queda el autor de un delito o falta sin el castigo o pena que por la ley le corresponde. Así la impunidad puede ser de hecho y de derecho. La impunidad de hecho está integrada por todos aquellos crímenes que pasan y pasarán siempre, más o menos conocidos a los ojos de la justicia; se conocen pero cuyos autores escapan de la acción de la justicia por no haber sido determinada su individualización o no haber sido efectiva su aprehensión; delitos cuyos autores son conocidos, pero que no se persiguen ni se penan, por excepción abusiva, debida a la organización política y social propia de cada tiempo.

Por otra parte la impunidad de derecho está constituida por aquel grupo de delitos que quedan sin castigo en virtud de decisiones que se toman conforme al derecho mismo, así por ejemplo: la amnistía, indulto, perdón, prescripción y excusas absolutorias en la que la ley, por diversas razones y móviles, deja sin pena hechos que positivamente son delitos, puesto que ninguna causa de justificación ni de imputabilidad los discrimina; como pueden ser, entre otros la excepción de toda pena a favor de los ejecutores de los delitos de rebelión y sedición cuando se someten a la autoridad antes de que esta formule intimidación.

La que es consecuencia de la aplicación del principio in dubio pro reo, según el cual los Tribunales tienen que pronunciarse por la absolución, que a veces puede ser impunidad del imputado.

En este mismo sentido, no se puede olvidar la posibilidad de los errores judiciales, o los errores policiales.

El caso que ocupa la investigación realizada, está referido a la impunidad de derecho, donde se habla de cómo delito: Acción u omisión penada por la ley. Expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa o dicho en otras palabras hecho antijurídico que alude una conducta que debe ser contraria a lo que demanda el derecho y encontrarse recogida por la ley, así la tipicidad es característica del principio de legalidad imperante en el Código Penal.

El Punio, punire, punitum. Ese es el verbo latino del que procede impunitas, que ni se deben traducir, sino sólo transcribir como impunidad. Son toda una familia de cultismos cuya forma simple sería punir, y a partir de la cual se forman los derivados punitivo, punible, punitorio, punición, impune, impunidad. Punire tiene que ver con poena, naturalmente, y significa castigar y vengar. Por todo el léxico judicial campa la venganza, y la justicia se empeña en que no es esa su misión.

Es una contradicción léxica (que es como decir lógica) que alguien proclame que está al mismo tiempo contra la punición, es decir contra el castigo, la pena, la venganza o como se le quiera llamar (si a una cosa le cambian el nombre, no cambia la cosa, cambian las posibilidades de entenderse), y que al mismo tiempo diga que está contra la impunidad. Impune queda el delito que no se castiga, que no va acompañado de una pena.

Si es precisamente el de no castigar los delitos, el no querer imponer la correspondiente pena al delincuente, lo que genera la impunidad, ¿cómo se puede clamar contra la impunidad y al mismo tiempo descalificar todo el sistema penal penitenciario por bárbaro, anticuado, inhumano, irracional, etc. etc.? O las penas de prisión tienen

realmente carácter de penas y no de medidas de rehabilitación, reinserción, escolarización terapéutica obligatoria; o son punitivas las penas de prisión, digo, o proclamamos la impunidad como gran inspiradora de nuestro régimen jurídico.

Y si es así, la sociedad tendrá que acabar defendiéndose mediante mafias y pistoleros que con el tiempo y una caña acabarán teniendo un sentido más equilibrado de la justicia.

3.2. Repercusiones en la sociedad

Las principales consecuencias psicosociales en la sociedad Guatemalteca una sociedad golpeada fuertemente por la impunidad son:

Persistencia de sentimientos de temor, indefensión e inseguridad, así como vivencias persecutorias, en amplios grupos sociales que se reactualizan ante ciertas situaciones. La impunidad permite también que la representación social que surge como perspectiva represiva sea tomada del modelo de las dictaduras genocidas, lo cual se apoya en su utilización como amenaza por parte del gobierno.

“Esta amenaza, mas allá de la posibilidad de su aplicación, no actúa como un primer estímulo sino que refuerza sentimientos de temor, indefensión e inseguridad ya existentes”⁴¹.

La impunidad como modelo, afectación de los ideales sociales, la represión política y la impunidad han ofrecido modelos e ideales sociales que legitiman un tipo de violencia que refuerza los funcionamientos omnipotentes del psiquismo.

Estos tienen particular incidencia en jóvenes y adolescentes, quienes deben aprender a pasar del sistema de protección familiar y endogámico a la relación individualizada con el mundo externo, a la exogamia, aceptando las mediaciones, la frustración para el logro de sus ideales. La dictadura y la impunidad han propuesto modelos inmediatistas que

39. Cuevas, Francisco. <http://www.albeldrio.org/htm/noticias/smas150608.htm>.

estimulan los mecanismos de funcionamiento más primitivos del psiquismo, como la impulsividad, la arbitrariedad, la omnipotencia, la acción, la adicción y la violencia carente de proyecto.

Aumento de las conductas agresivas en la esfera social, en una dimensión y frecuencia que supera antecedentes de otras épocas en nuestro país.

La justicia por mano propia. Un problema vinculado a la impunidad tiene que ver con la pérdida de la confianza en el Estado en cuanto a la capacidad de hacer justicia y a la certeza de que dicha función será ejercida. La impunidad es uno de los elementos que cuestionan la renuncia al ejercicio individual de la defensa y la violencia en función del Estado que garantice hacerse cargo de la delegación otorgada.

Esta impunidad tiende a funcionar como un organizador psicosocial que favorece la creación de un consenso que legitima ciertas conductas personales en la escena social; conductas de carácter omnipotente, arbitrario y que no reconocen la existencia de un tercero social que proteja la inserción individual en el conjunto.

Exaltación de personajes represores. Al no asumir el Estado sus funciones de garante social, se favorece la promoción de figuras que durante un tiempo, desde una representación social de padre arbitrario, pero que desea el bien común y la justicia, quedan ubicados en el lugar del ideal que encarna las expectativas de protección.

La pena de muerte. Los sentimientos de indefensión e inseguridad personal, incrementados a partir de esta situación, son utilizados periódicamente por el gobierno para proponer la implantación de la pena de muerte, como ejemplo.

Las respuestas sociales ante la impunidad tienen diversos grados de organización y generalización. Los movimientos de resistencia se intensificaron sobre el final de la dictadura y los primeros años del período constitucional. Estos tuvieron un papel decisivo en la recuperación de las libertades públicas y ciertos derechos civiles y



políticos, pero no pudieron impedir la impunidad de los responsables y ejecutores de los crímenes de esa humanidad.

Fue esta respuesta social la que ayudo a desentrañar no solo los mecanismos de encubrimiento, sino también la esencia de los determinantes de cada situación. En el curso de esta práctica de respuesta social organizada y de búsqueda de la verdad se construyen nuevas representaciones sociales que redefinen la significación de la situación de la impunidad.

Las violaciones a los derechos humanos producidas en nuestro país en las últimas décadas, se ha constituido en una de las más importantes situaciones traumáticas por las que ha atravesado el conjunto de la sociedad y no solo los afectados más directos.

La represión política implementada durante la dictadura militar estuvo basada fundamentalmente en la desaparición de personas.

Toda la situación política y social producida por el terrorismo de Estado era de carácter traumático. Las vivencias personales de peligro e indefensión, la ruptura de grupos de pertenencia y la perdida de grupos de referencia así como los fenómenos de alineación social, fueron consecuencias inevitables y promovidas por esta situación.

La ausencia de sanción del crimen por parte del Estado, que en el ámbito psicosocial inhabilita las funciones que debería cumplir como garante del orden simbólico, lugar de terceridad y como regulador de los intercambios, deja abierta la posibilidad de reactivación periódica de las vivencias de desamparo que operan como un factor desestructurante del psiquismo.

Las vivencias colectivas de inseguridad actuales, además de otros factores causales presentes como la situación económica, tienen que ver también con la situación de impunidad.



3.3. El Ministerio Público y la impunidad

La perspectiva mundial sobre el Ministerio Público no es halagadora como lo demuestran comentarios como de Francisco Cuevas el quince de junio del dos mil ocho en una revista electrónica que se expresa así. “Con un promedio de quince asesinatos diarios, Guatemala se ha convertido en uno de los países donde la inseguridad ciudadana alcanza niveles alarmantes. Aun cuando las autoridades intentan implementar acciones para detener la criminalidad, el país se enfrenta a un mal que todos conocen y muchos ignoran, la impunidad”.

El Ministerio Público guatemalteco es una institución que no alcanza a cuajar en un proceso para fortalecer el Estado de Derecho. Su alto nivel de ineficiencia se convierte en el mejor aliado de los delincuentes.

Guatemala, ya sea en campo financiero, con el narcotráfico, con el crimen organizado o con simples roba carteras, no puede presumir de contar con un organismo eficiente en la persecución penal. Por ejemplo: Ya han pasado tres años y los máximos responsables de la quiebra de dos bancos, que provocaron efectos negativos en al menos dos millones de guatemaltecos, continúan en libertad; se sabe que ingresan por cualquier frontera sin que autoridad alguna pretenda su captura y menos el Ministerio Público.

En el campo del narcotráfico y el crimen organizado, hasta hoy las condenas que logran los fiscales se circunscriben a aquellas personas que son detenidas por distribuir drogas al menudeo o por robar un celular.

La trata de personas continúa creciendo, las adopciones ilegales que se han cometido en los últimos cuatro años, que superan las dos mil quinientas, no han concluido con condenas para los responsables.

En el país se conoce el listado de notarios, médicos, hoteles, hospitales y casas cunas que se involucran en estas transacciones que cada año les generan alrededor de



doscientos millones de dólares y el Ministerio Público exige que se entreguen pruebas cuando es a sus investigadores y fiscales a quienes corresponde encontrarlas.

La pérdida de procesos penales es una práctica común en los tribunales de justicia, un mal que también arrastra el mismo Ministerio Público, inclusive aquellos de alto impacto, con los cuales se pretendió en algún momento castigar a ex funcionarios de Gobierno.

En medio de ese desesperante ambiente de impunidad, los ciudadanos deben unir sus fuerzas y de manera conjunta, enfrentar como un desafío el vencer la impunidad, para lo que debe exigir cambios radicales desde el mismo Ministerio Público en la actuación de los jueces, y obligar que las fuerzas de seguridad a que sean eficientes.

3.4. Definición del Ministerio Público

El Ministerio Público es el encargado de ejercer la acción penal en nombre del Estado, es único e indivisible y está bajo la dirección y responsabilidad del Fiscal General de la República, quien ejercerá sus atribuciones directamente o a través de los funcionarios o funcionarias debidamente facultados o facultadas mediante delegación o cuando así lo determine la Ley.

La Constitución Política de Guatemala define al Ministerio Público como una institución auxiliar de la administración pública con funciones autónomas, cuyo fin es velar por el estricto cumplimiento de ley. Dispone además que el jefe del Ministerio Público el Fiscal General, es a quien le corresponde el ejercicio de la acción penal pública.

El Artículo uno de la Ley Orgánica del Ministerio Público estipula que es autónomo, que promueve la persecución penal y dirige la investigación de los delitos de instancia pública con el objetivo de la realización de la justicia. Establece además que en el desarrollo de sus funciones el Ministerio Público actuará con objetividad, imparcialidad y respeto del principio de legalidad.



El Código Procesal Penal establece: El Ministerio Público goza de plena independencia para el ejercicio de la acción penal y la investigación de los delitos. Incluye, asimismo la prohibición, a cualquier autoridad, de interferir en la actividad persecutoria de los fiscales.

La decisión de encargar al Ministerio Público el ejercicio de la persecución y acción penal, tiene como fin fundamental resguardar la imparcialidad de los jueces y hacer efectiva la investigación de los delitos. Hoy la policía depende directamente de los fiscales, en los procesos de investigación criminal.

Esta es una diferencia radical en contraposición a la legislación anterior, en la cual la investigación o preparación del juicio estaba en manos de un juez de instrucción, que por su posición de investigador y de protector de garantía, no realizaba eficientemente ni una cosa ni la otra.

Con el encargo de la investigación al Ministerio Público, hoy los jueces tienen la posibilidad de constituirse en verdaderos defensores de los derechos fundamentales del ciudadano que sea objeto de persecución penal.

La legislación le confiere independencia y autonomía al Ministerio Público, imponiéndole como límite el respeto de legalidad. En ese orden, toda autoridad ajena a la estructura de la fiscalía tiene prohibición de intervenir en la actividad de esta o influir en sus decisiones.

Otra facultad del Ministerio Público derivada de la independencia y la especialidad de su función (investigación), es la de plantear estrategias y tácticas en su proceder para alcanzar los mejores resultados en su actividad, así como, el poder planear respuestas político-criminales específicas a problemas concretos. Un ejemplo de esto es la aplicación del criterio de oportunidad.

Siendo el Ministerio Público es el órgano estatal responsable de la investigación, se tiene como objetivo que el proceso penal responda en lo posible a un modelo acusatorio y las características de este (control de la investigación, control de la prueba, contradicción argumental y, fundamentalmente, control judicial y publicidad del proceso).

Es importante señalar, que la ley da vigencia al principio acusatorio, ya que el Ministerio Público no sólo debe perseguir penalmente, sino que además debe ser objetivo en su función. Esta objetividad implica dos cosas: el que deba velar por la correcta aplicación de ley; cuando corresponda, solicite o requiera en favor del imputado. De esto resulta que, si bien el acusatorio es el modelo base, no es del todo comparable con sistemas como el británico o el norteamericano.

Dentro de este sistema de justicia penal y en un desarrollo contemporáneo, el Ministerio Público es concebido como el encargado de ejercer ante los jueces la acción penal pública, distinguiéndolo del organismo encargado de representar los intereses privados (patrimoniales) del Estado. Por ello, la creación del Ministerio Público está vinculada a la abolición del proceso inquisitivo histórico que reunía en una sola mano (el juez) la actividad persecutoria y su decisión.

Su introducción permitió la separación de ambas funciones y posibilitó un contralor que asegure la objetividad e imparcialidad del tribunal. También posibilitó que el Ministerio Público sea el encargado de controlar a la policía, para que sus procedimientos se ajusten a las reglas del estado de derecho.

Es importante señalar la importancia de que el Ministerio Público sea imparcial en la relación procesal. Que su función sea absolutamente objetiva, estrictamente jurídica, se encuentre dotado de una política criminal transparente y sometida desde el inicio de sus actividades a los principios básicos de un sistema democrático.



3.5. Antecedentes históricos del Ministerio Público

Para establecer los antecedentes del Ministerio Público, es necesario recordar que previo a las reformas constitucionales que regularon su funcionamiento, se encontraba integrado a la Procuraduría General de la Nación, conforme el Decreto 512 del Congreso de la República. En 1993 el Estado de Guatemala dio un giro sustancial en la forma de organizar el sistema penal para enfrentar la criminalidad en nuestro país, dividió las tareas de juzgamiento, investigación y persecución penal en distintos órganos para establecer un sistema de pesos y contrapesos que permitiera eliminar las arbitrariedades y el abuso de poder que se observó durante la vigencia del sistema anterior.

A raíz de la reforma constitucional de 1993, el Ministerio Público se constituyó en un órgano autónomo encargado de ejercer la acción penal pública. El Código Procesal Penal que entró en vigencia en 1993, trajo consigo una serie de atribuciones y responsabilidades para el Ministerio Público, resumiéndose todas ellas en dos grandes áreas: facultades de dirección y desarrollo de la investigación en la denominada etapa preparatoria y, las facultades de acusación para el ejercicio de la persecución penal propiamente dicha.

Tomando en consideración que la reforma constitucional y la reforma procesal penal conciben al Ministerio Público como un ente autónomo, se emitió el Decreto No. 40-94 Ley Orgánica del Ministerio Público la define como una institución que promueve la persecución penal, dirige la investigación de los delitos de acción pública y que vela por el estricto cumplimiento de las leyes del país.

Con la firma de la Carta de Intención en el mes de septiembre 1997, el Ministerio Público integra la Instancia Coordinadora de la Modernización del Sector Justicia (ICMSJ), conjuntamente con el Organismo Judicial, el Instituto de la Defensa Pública Penal y el Ministerio de Gobernación con el propósito de que permanentemente las altas autoridades del sistema penal mantuvieran una coordinación para dar soluciones a la problemática que ocasionaría la implementación del nuevo sistema procesal.



3.6. Fundamento legal del Ministerio Público

El Ministerio Público fue creado con base en el Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece que “es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales, con funciones autónomas de rango constitucional, cuyo fin principal es velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país”.

El Ministerio Público se rige por su Ley Orgánica, Decreto No. 40-94 del Congreso de la República y sus reformas. El Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público está facultado para emitir acuerdos específicos relacionados con la estructura organizacional de áreas administrativa y de investigaciones, con el objeto de adecuarlas a las necesidades del servicio y a la dinámica administrativa.

Al Consejo del Ministerio Público le compete la creación o la supresión y la determinación de la sede y ámbito territorial de las fiscalías distritales, de sección y municipales, a propuesta del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público.

El Acuerdo No. 11-95 del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, de fecha 04 de julio de 1995, aprueba el Manual de Organización del Ministerio Público que contiene la estructura organizacional de la institución.

El Acuerdo MP-12-2007, emitido también por el Fiscal General de la República, de fecha 12 de marzo de 2007, incluye el Reglamento de organización y funcionamiento del área administrativa del Ministerio Público.

3.7. Principales funciones del Ministerio Público

El Artículo dos de la Ley Orgánica del Ministerio Público, asigna a la institución las siguientes funciones, sin perjuicio de las que le atribuyan otras leyes:



Investigar los delitos de acción pública y promover la persecución penal ante los tribunales, según las facultades que le confieren la Constitución, las leyes de la República, Tratados y Convenios Internacionales.

Ejercer la acción civil en los casos previstos por la ley y asesorar a quien pretenda querrellarse por delitos de acción privada, de conformidad con lo que establece el Código Procesal Penal.

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

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

3.8. Los principios del Ministerio Público

Los principios que rigen el funcionamiento del Ministerio Público están establecidos en la Ley Orgánica de esta institución, siendo éstos:

Unidad y jerarquía: la institución es única e indivisible para todo el Estado, se organiza jerárquicamente y en la actuación de cada uno de sus funcionarios está representada íntegramente.

Autonomía: actuar independientemente, por propio impulso y en cumplimiento de las funciones que le atribuyen las leyes, sin subordinación a ninguna otra autoridad u organismo del Estado.

Vinculación: todos los funcionarios y autoridades administrativas del Estado deben colaborar sin demora, así como proporcionar los documentos e informes que les sean requeridos, para el cumplimiento de las funciones asignadas al Ministerio Público.



Tratamiento como inocente: obliga en materia de información pública del proceso penal a no vulnerar el principio de inocencia, el derecho de intimidad y la dignidad de las personas.

Respeto a la víctima: la institución ejecuta las funciones tomando en cuenta los intereses de la víctima, a quien debe proporcionársele asistencia, consideración y respeto.



CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico de la comisión internacional contra la impunidad en Guatemala (CICIG).

Esta comisión busca contribuir al esclarecimiento de un sin número de crímenes y hechos y actos delictivos que el Ministerio Público no ha podido resolver, por lo cual otras naciones tuvieron que contribuir con tal cometido, con lo que se deja entrever que la efectividad de dicho ministerio no es del todo sólida. Asimismo esta comisión tiene la visión que como es internacional sus resultados de trabajo pueden ser un tanto verídicos o acertados, y conlleven a una mejor manejo de la investigación en el país, que redunde en disminución de índices de violencia.

4.1. Qué es la CICIG

Con la aprobación por el Gobierno de Guatemala y la Organización de las Naciones Unidas (ONU) un acuerdo para crear una comisión de carácter internacional, cuya responsabilidad sería investigar el fenómeno de los cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad que operan con total impunidad en el país. El texto fue firmado por las partes y remitido al Congreso de la República para su discusión y aprobación.”⁴⁵

Éste constituye el segundo intento del Gobierno y la ONU de crear una comisión de esta naturaleza. El primero de ellos, la propuesta de conformar la Comisión Investigadora de Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad (CICIACS), culminó sin éxito en el 2004, luego de que la Corte de Constitucionalidad, en atención a una opinión consultiva solicitada por el Presidente de la República, declaró inconstitucional algunos elementos de la propuesta original.

⁴⁵ Hidalgo Morales, Mariela Eulalia. **Análisis jurídico de la cicig y su interferencia en el derecho penal guatemalteco.** Pág. 50

Más allá de los problemas de orden constitucional, la CICIG se había configurado como un instrumento para investigar y perseguir a los cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad (CICIACS) que generan violencia política, a partir de la definición de los sujetos pasivos que sufrían estos hechos al momento de la formulación de la propuesta, en el año 2002.

Desde entonces se ha constatado que las víctimas de este tipo de violencia varían en función de las coyunturas políticas y los procesos que se desarrollan en el país, lo cual no implica que estas manifestaciones respondan a fenómenos distintos. En el fondo, lo que persiste es un patrón sistemático de violencia política generado por estructuras que operan desde la clandestinidad y que se activa o desactiva según sea el caso.

En tal sentido había una clara necesidad de reinterpretar el fenómeno de la violencia.

Entre estos aspectos destacaban la facultad otorgada a la CICIACS de perseguir penalmente a miembros de los CIACS, atribución conferida por la Constitución Política de la República exclusivamente al Ministerio Público; y las inmunidades concedidas al personal nacional que formara parte de ella, lo cual erosionaba el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

En el 2003 repuntó la violencia contra miembros y líderes de partidos políticos, debido al evento electoral que estaba en curso. En el 2005, las víctimas fueron jueces, fiscales, defensores públicos y abogados litigantes, presumiblemente por el impulso de algunos procesos penales de alto impacto que se ventilaban en el sistema de administración de justicia. La política desde los sujetos activos (hechores).

Este enfoque ofrece un marco mucho más amplio e integral para afrontar este flagelo, así como un campo de acción mayor en cuanto a los sujetos pasivos (víctimas).

La Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), nombre que se le ha dado en el nuevo acuerdo, recoge esta interpretación y concibe la violencia política como todas aquellas acciones orientadas a frenar, con el recurso de la violencia,



procesos políticos, sociales y judiciales que afectan los intereses de grupos poderosos. Por lo que se concentra en quiénes cometen estos delitos y no en quiénes son las víctimas.

La CICIG, se vislumbra como un esfuerzo fundamental para iniciar procesos de investigación sobre el fenómeno de violencia política generada por los CIACS, propiciar su desmantelamiento y promover el impulso de procesos judiciales contra sus agentes y cabecillas; fortalecer las capacidades de las instituciones encargadas de la investigación, persecución y sanción penal de estos hechos; y definir políticas públicas efectivas que inhiban la reaparición de dichas expresiones criminales.

La CICIG, actualmente está en vigencia, debe ser entendida en su justa dimensión, como un apoyo y un instrumento más en los esfuerzos contra la impunidad, el fortalecimiento del Estado de Derecho y la construcción democrática.

Hay que tener claridad que para avanzar sustantivamente en esta ruta se requieren, además de iniciativas como la CICIG, profundas transformaciones en los ámbitos institucional, jurídico, político, social y cultural, que deben involucrar a actores institucionales, autoridades y funcionarios que ocupan cargos en los distintos niveles del aparato estatal; a las distintas expresiones que integran la sociedad guatemalteca, a las élites nacionales y a los grupos de poder que definen, en buena medida, el rumbo del país.

4.2. Instrumentos que dan vigencia a la CICIG

Acuerdo entre la Organización de Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de una Comisión Internacional Contra La Impunidad en Guatemala (CICIG)

Este convenio fue emitido el 28 de agosto de año dos mil ocho, publicado el diez de septiembre del año dos mil siete, entrando en vigencia el cuatro de septiembre de dos mil siete. El cual literalmente convino lo siguiente:



"YO, OSCAR BERGER PERDOMO Presidente de la República de Guatemala
DECLARO: Que el Gobierno de la República de Guatemala, habiendo suscrito en la ciudad de Nueva York el 12 de diciembre de 2006 el ACUERDO ENTRE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS Y EL GOBIERNO DE GUATEMALA RELATIVO AL ESTABLECIMIENTO DE UNA COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA (CICIG), ratifica por el presente Acuerdo y se compromete a cumplir y aplicar fielmente las disposiciones que en él figuran, las que se interpretarán y ejecutarán de conformidad con la normativa constitucional y legal vigente en el ordenamiento jurídico guatemalteco. EN TESTIMONIO DE LO CUAL, firmo el presente instrumento. Hecho en la Ciudad de Guatemala, a veintiocho días del mes de agosto de dos mil siete.

OSCAR BERGER

LA VICEMINISTRA DE RELACIONES EXTERIORES
ENCARGADA DEL DESPACHO
MARTA ALTOLAGUIRRE LARRAONDO
LIC. JORGE RAÚL ARROYAVE REYES
SECRETARIO GENERAL
DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

Referencia: Decreto del Congreso de la República No. 35-2007, emitido el 1 de agosto de 2007.

Acuerdo entre la Organización de Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de una Comisión Internacional Contra La Impunidad en Guatemala (CICIG)

Acuerdo entre la Organización de Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de una Comisión Internacional Contra La Impunidad en Guatemala (CICIG)

La Organización de Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala.

Considerando que es deber del Estado de Guatemala proteger el derecho a la vida y a la integridad personal de todos los habitantes del país y proporcionarles tutela judicial efectiva.

Considerando que el Estado de Guatemala, tiene compromisos asumidos internacionalmente en materia de Derechos Humanos para implementar mecanismos efectivos para proteger estos derechos, conforme la Carta de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los Derechos Humanos y las libertades fundamentales universales reconocidos,

Considerando que los cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad atentan gravemente contra los derechos humanos a través de acciones delictivas, existiendo en los mismos capacidad de provocar impunidad entendida ésta como la inexistencia de hecho o de derecho de responsabilidad penal, administrativa, disciplinaria o civil para los responsables de dichas acciones, eludiendo la investigación o la condena; todo lo cual conduce al debilitamiento del estado de derecho, impidiendo al Estado cumplir con su deber de garantizar a los ciudadanos afectados la protección de su vida, integridad física y el pleno acceso a la justicia, con la consecuente pérdida de la confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas del país,

Considerando que el Gobierno de la República de Guatemala, se obligó en el Acuerdo Global de Derechos Humanos de 22 de marzo de 1994 a combatir los cuerpos ilegales de seguridad y los aparatos clandestinos de seguridad con el propósito de que éstos ya no existan, asumiendo además la obligación de "garantizar y proteger en forma eficaz la labor de los individuos y entidades defensoras de los derechos humanos" y que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Marco de los Acuerdos de Paz, el Estado está legalmente obligado a cumplir dichos compromisos.

Considerando que de conformidad al Artículo 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, dicha organización promueve el respeto a los Derechos Humanos y a las



libertades fundamentales de todos, y que los Estados miembros se comprometen a tomar medidas en cooperación con la misma para dicho propósito.

Considerando el Acuerdo político de 13 de marzo de 2003 entre el Ministro de Relaciones Exteriores de Guatemala y el Procurador de los Derechos Humanos, sobre el establecimiento de una Comisión de Investigación de Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad en Guatemala.

Considerando la carta de cuatro de abril de 2003 del Gobierno de Guatemala en la que solicitaba la asistencia de la Organización de Naciones Unidas para el establecimiento y funcionamiento de una Comisión Investigadora, de estos grupos, con miras a coadyuvar en la Investigación y desarticulación de los cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad,

Considerando que, como consecuencia de lo anterior se hace necesaria la implementación de un Acuerdo de carácter internacional en materia de Derechos Humanos que cree mecanismos efectivos de combate y la impunidad provocada por los cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad, la cual afecta gravemente los derechos humanos fundamentales.

Considerando que el establecimiento de dicha Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, en adelante CICIG, reforzará la capacidad del Estado de Guatemala para cumplir eficazmente sus obligaciones dimanantes de las convenciones de derechos humanos de que es parte y sus compromisos contraídos con arreglo al Acuerdo Global sobre Derechos Humanos de 29 de marzo de 1994.

Considerando además que el Secretario General y el Gobierno de Guatemala han celebrado negociaciones para el establecimiento de la CICIG, no siendo un órgano de las Naciones Unidas, sino que funcionará solamente de conformidad con los términos de este Acuerdo.

Han convenido, en consecuencia, lo siguiente:



ARTÍCULO 1. Objetivos del Acuerdo.

1. El presente Acuerdo tiene como objetivos fundamentales:

- (a) Apoyar, fortalecer y coadyuvar a las Instituciones del Estado de Guatemala encargadas de la investigación y la persecución penal de los delitos presuntamente cometidos con ocasión de la actividad de los cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad y cualquier otra conducta delictiva conexa con estos que operan en el país; así como en la determinación de sus estructuras, actividades, formas de operación y fuentes de financiamiento, promoviendo tanto la desarticulación de dichas organizaciones como la sanción penal de los partícipes de los delitos cometidos;
- (b) Crear los mecanismos y procedimientos necesarios, que deberán implementarse para la protección de los derechos a la vida y a la integridad de las personas. Lo anterior de conformidad con los compromisos internacionales del Estado de Guatemala en materia de protección de los derechos fundamentales, y de los instrumentos internacionales de los cuales Guatemala es parte;
- (c) Para dichos efectos, se crea una Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, con arreglo a las disposiciones del presente Acuerdo, los compromisos del Estado establecidos en instrumentos nacionales e internacionales de derechos humanos y especialmente en el Acuerdo Global sobre Derechos Humanos romanos IV.1 y VII.3;

Para efectos del presente Acuerdo, se deberá entender por Cuerpos Ilegales de Seguridad y Aparatos Clandestinos de Seguridad, a aquellos grupos que reúnan las siguientes características:

- (I) Cometer acciones ilegales para afectar el pleno goce y ejercicio de los derechos civiles y políticos, y

(II) Estar vinculados directa o indirectamente con agentes del Estado, o contar con capacidad de generar impunidad para sus acciones ilícitas.

2. La CICIG realizará las actividades indicadas en el numeral anterior de conformidad con la legislación de Guatemala y lo regulado por el presente Acuerdo.

La Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, queda enfocado como un convenio dirigido a proteger los derechos humanos de las personas, observándose prácticamente que se ha desviado de sus objetivos en virtud que los cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad así como organizaciones delictivas se conectan con estos grupos, por lo cual no se ha podido determinar su operatividad.

ARTÍCULO 2. Funciones de la Comisión

1. Para lograr los propósitos y finalidades Indicadas, por el presente instrumento, la Comisión tendrá las siguientes funciones:

- (a) Determinar la existencia de cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos, su estructura, formas de operar, fuentes de financiamiento y posible vinculación con entidades o agentes del Estado y otros sectores que atenten contra los derechos civiles y políticos en Guatemala, de conformidad con los objetivos del presente Acuerdo;
- (b) Colaborar con el Estado en la desarticulación de los aparatos clandestinos de seguridad y cuerpos ilegales de seguridad y promover la investigación, persecución penal y sanción de los delitos cometidos por sus integrantes;
- (c) Recomendar al Estado la adopción de políticas públicas para erradicar, los aparatos clandestinos y cuerpos ilegales de seguridad y prevenir su reaparición, incluyendo las reformas jurídicas e institucionales necesarias para este fin.

2. La CICIG actuará con absoluta independencia funcional en el desempeño de su mandato.

Esta normativa le da atribuciones a la CICIG de carácter autónomo e independiente para poder ejecutar sus objetivos, lo cual la misma ley se contradice cuando le reconocer la autonomía del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, teniendo como consecuencia conflicto entre las mismas leyes dando como resultado el incumplimiento de las funciones de ambas instituciones.

ARTÍCULO 3. Facultades de la Comisión

1. Para lograr el cumplimiento de sus funciones, la Comisión estará facultada para:

- (a) Recabar, evaluar y sistematizar información suministrada por cualquier persona, entidad oficial o privada, organizaciones no gubernamentales, organismos internacionales y autoridades de otros Estados;
- (b) Promover la persecución penal por medio de denuncia penal ante las autoridades correspondientes. De igual manera la Comisión queda facultada para constituirse en querellante adhesivo de conformidad con el presente Acuerdo y con el Código Procesal Penal en cuanto a sus facultades procesales, para todos los casos en el marco de su competencia;
- (c) Asesorar técnicamente a las instituciones competentes del Estado en la investigación y persecución penal de los delitos cometidos por los presuntos integrantes de los Cuerpos Ilegales de Seguridad y Aparatos Clandestinos de Seguridad, así como asesorar a los organismos del Estado en la implementación de los procedimientos administrativos a que haya lugar respectó de los funcionarios presuntamente vinculados a dichas organizaciones;
- (d) Denunciar ante las respectivas autoridades administrativas a los funcionarios y empleados públicos que en el ejercicio de su cargo hayan cometido presuntamente infracciones administrativas, a fin de que se inicie el procedimiento administrativo



correspondiente; en particular a aquellos funcionarios o empleados públicos presuntos responsables de obstaculizar el ejercicio de las funciones o facultades de la Comisión, sin perjuicio de promover a través del Ministerio Público cualquier proceso penal que sea pertinente;

- (e) Actuar como tercero interesado en los procedimientos disciplinarios administrativos, mencionados precedentemente;
- (f) Suscribir e implementar Acuerdos de cooperación con el Ministerio Público, la Corte Suprema de Justicia, la institución del Procurador de Derechos Humanos, la Policía Nacional Civil y cualesquiera otras instituciones del Estado, para el cumplimiento de su mandato;
- (g) Garantizar confidencialidad a las personas que participen en las funciones y facultades que tiene la Comisión conforme al presente artículo, ya sea en calidad de testigos, víctimas, peritos o colaboradores;
- (h) Solicitar en el marco del cumplimiento de su mandato, a cualquier funcionario o autoridad administrativa de los organismos del Estado y de sus entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas; declaraciones, documentos, informes y colaboración en general, estando éstos obligados a atender y proporcionar sin demora aquello que les sea requerido;
- (i) Solicitar al Ministerio Público y al Gobierno la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los testigos, víctimas y todos aquellos que colaboren, en su investigación así como monitorear, en conformidad a su mandato, la implementación y cumplimiento de dichas medidas, asesorar a los entes públicos encargados y ejercer buenos oficios respecto de la adopción de las mismas;
- (j) Seleccionar y supervisar a un equipo técnico de investigación integrado por profesionales nacionales y extranjeros de probada competencia e integridad moral y al personal administrativo necesario para cumplir con sus tareas;

- (k) Tomar todas las medidas que estime convenientes para la consecución de su mandato de conformidad con el ordenamiento constitucional guatemalteco; y
- (l) Publicar informes generales y temáticos sobre sus actividades y los resultados de las mismas, incluyendo recomendaciones de conformidad con su mandato.

Prácticamente la CICIG en el desarrollo de sus atribuciones, al momento de ejecutarlas han existido obstáculos en la institución para acoplarse con las leyes internas del país y los entes que son parte de la administración de justicia, dándole cumplimiento únicamente a un derecho internacional.

ARTÍCULO 4. Personalidad jurídica y capacidad legal.

1. A partir de la ratificación del presente acuerdo la CICIG poseerá personalidad jurídica y capacidad legal para:
 - (a) Celebrar contratos;
 - (b) Adquirir y enajenar bienes muebles e inmuebles;
 - (d) Iniciar procedimientos judiciales; y
 - (e) Cualquier otra acción autorizada por la legislación guatemalteca para la realización de sus actividades y el cumplimiento de sus objetivos.
2. La CICIG tendrá la facultad de concertar acuerdos con otros Estados y organizaciones internacionales en la medida en que puedan ser necesarios para la realización de sus actividades y el cumplimiento de sus funciones, con arreglo al presente Acuerdo.

La CICIG tiene capacidad legal para procedimientos amparada con la institución encargada de investigar los hechos delictivos cometidos en Guatemala, pues si bien es

cierto tiene la facultad de adherirse a un proceso como querellante, no pueden presentar una querrela ante un órgano jurisdiccional.

ARTÍCULO 5. Composición y estructura orgánica.

1. La CICIG estará integrada por un/a Comisionado/a, el personal especializado que sea pertinente y una Secretaría.
 - (a) El Comisionado/a, designado/a por el Secretario General de la Organización de Naciones Unidas, será el responsable general de las actividades de la CICIG, representando a la Comisión ante el Gobierno de Guatemala, ante otros Estados y organizaciones locales e internacionales. Deberá ser jurista y poseer un alto nivel de competencia profesional en esferas directamente relacionadas con el mandato de la CICIG, particularmente los derechos humanos, el derecho penal y el derecho internacional, así como poseer una amplia experiencia en la investigación y el combate a la impunidad. El Comisionado/a Informará periódicamente sobre las actividades de esta Comisión al Secretario General de las Naciones Unidas.
 - (b) El Personal internacional y nacional contratado por el Comisionado/a incluirá profesionales y técnicos especializado con experiencia en la realización de investigaciones en la esfera de los derechos humanos y podrá incluir investigadores, expertos forenses y expertos en tecnología de la información, entre otros.
 - (c) Una Secretaría que estará a cargo de un funcionario internacional quien tendrá la administración general. La Secretaría funcionará bajo la autoridad general y dirección del Comisionado/a.

En la estructura de dicha institución es necesario ampliarla en cuando al personal de trabajo para el cumplimiento de sus objetivos dentro del territorio nacional, tecnificando al personal propio de la institución en materia del derecho penal Guatemalteco, puesto que en la actualidad ningún delegado extranjero puede ejercer de forma directa alguna petición judicial ante los órganos competentes.



ARTÍCULO 6. Cooperación con la CICIG.

1. El Gobierno de la República proporcionará toda la asistencia necesaria para la realización de las funciones y actividades de la CICIG de conformidad con el ordenamiento jurídico y garantizará, en particular, a sus miembros:
 - (a) Libertad de movimiento sin restricción alguna a través del territorio de Guatemala;
 - (b) Libertad de acceso sin restricción alguna a todos los lugares, establecimientos e instalaciones del Estado, tanto civiles como militares y a todos los establecimientos penitenciarios y de detención sin previo aviso, observando lo que para el efecto preceptúa la Constitución Política de la República de Guatemala;
 - (c) Libertad de reunirse y entrevistar a cualquier persona o grupo de personas, con inclusión de funcionarios del Estado, personal militar y de policía, dirigentes comunitarios, organizaciones no gubernamentales, instituciones privadas y cualquier persona cuyo testimonio se considere necesario para el desempeño de su mandato;
 - (d) Libre acceso a la información y material documental que guarde relación con la investigación, los archivos oficiales, las bases de datos y los registros públicos y cualquier informe semejante, archivo, documento o información en posesión de las personas o entidades estatales pertinentes, ya sean civiles o militares, con observancia de lo prescrito en la Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Para el cumplimiento de las finalidades de este Acuerdo, de conformidad con la legislación vigente y con los acuerdos bilaterales de cooperación que se suscriban:
 - (a) El Fiscal General del Ministerio Público dispondrá el nombramiento de los fiscales especiales que sean necesarios, así como las acciones pertinentes para cumplir con las finalidades de la investigación y la persecución penal, en particular para los siguientes efectos:

- (I) Contar con personal idóneo para desarrollar las actividades materia del presente acuerdo;
 - (II) Realizar las diligencias pertinentes en la investigación penal y la persecución penal;
 - (III) Recibir asesoría técnica de la CICIG y demás acciones de fortalecimiento que sean necesarias; y
 - (IV) Mantener la adecuada coordinación para todos los efectos de este acuerdo, y en particular para el ejercicio de las atribuciones que el mismo confiere a la CICIG como querellante adhesivo,
- (b) La Policía Nacional Civil dispondrá la creación de las respectivas unidades policiales de apoyo a la investigación a cargo del Ministerio Público.

3. El Organismo ejecutivo presentará al Congreso de la República de Guatemala y promoverá, un conjunto de reformas legislativas, necesarias para garantizar el funcionamiento adecuado del sistema guatemalteco de investigación y procesamiento judicial. Estas propuestas de reformas legales serán elaboradas en consulta con representantes de instituciones del Estado de Guatemala y de Naciones Unidas, con el fin de poner el sistema legal de Guatemala en conformidad con las convenciones internacionales sobre derechos humanos.

El principio de libre acción que le han otorgado a la CICIG ha quedado una laguna legal al momento de no especificarse los límites que la misma ley le otorga a dicha institución y al momento de su aplicación textual pudiéndose cometer violaciones en el debido proceso ya establecido en el ordenamiento jurídico interno constitucional en nuestro país.

ARTÍCULO 7. Gastos de la CICIG.

- 1. Los gastos de la CICIG se sufragarán con contribuciones voluntarias de la comunidad internacional.



2. El Ejecutivo facilitará a la CICIG los locales para sus oficinas y las demás instalaciones que esta requiera para desarrollar apropiadamente sus funciones.

Quedando claramente que el órgano fiscalizador de los ingresos de la CICIG es un órgano internacional cuando este mismo recibe aportes que son parte del presupuesto interno de nuestro país, puesto que en la actualidad una institución autónoma proporciona instalaciones físicas.

ARTÍCULO 8. Seguridad y protección del personal de CICIG.

1. El Gobierno de Guatemala adoptará todas las medidas eficaces y adecuadas para garantizar la seguridad y protección de las personas a que se hace referencia en el presente Acuerdo.
2. El Gobierno garantizará asimismo la seguridad de las víctimas, los testigos y cualquier persona que colabore con la CICIG, mientras dure su mandato y después que finalice su labor en Guatemala.

De acuerdo con el Artículo anterior transcrito es el Estado de Guatemala por medio de sus instituciones es el ente encargado de proteger tanto al personal de esa institución como a las personas que colaboran con la realización de sus investigaciones, siendo muy beneficioso para el fortalecimiento de su protección para las partes procesales que intervienen en un proceso judicial, específicamente a las víctimas y testigos.

ARTÍCULO 9. Inviolabilidad de los locales y documentos; exenciones fiscales.

1. Los locales, documentos y materiales de la CICIG serán inviolables. Los bienes inmuebles, los fondos y los activos de la Comisión no podrán ser objeto de registro, allanamiento, confiscación, secuestro, requisición y expropiación.
2. La CICIG, sus fondos, haberes, ingresos y otros bienes:

- (a) Estarán exentos de todo impuesto directo. No obstante, quedará entendido que la CICIG no reclamará exención de los impuestos que en la práctica, constituyan cobros de servicios de utilidad pública;
- (b) Estarán exentos de toda clase de impuestos a los bienes que importe la CICIG para su uso oficial. Quedará entendido sin embargo, que los artículos que se importen con arreglo a esas exenciones no podrán venderse en Guatemala salvo con arreglo a las condiciones que se acuerden con el Gobierno; y
- (c) Asimismo estarán exentos de impuestos a la importación y exportación de sus publicaciones.

Dicha institución según el Artículo anterior se establece en una jerarquía internacional superior sobre las leyes internas del país, quedando únicamente como competente para accionar en contra de esta institución los tribunales internacionales de justicia y la Organización Internacional de las Naciones Unidas.

ARTÍCULO 10. Privilegios e Inmunities del Comisionado/a y del personal de la CICIG.

- 1. El Comisionado disfrutará de los privilegios e inmunities, exenciones y facilidades otorgados a los agentes diplomáticos de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. En particular, disfrutará:
 - (a) De inviolabilidad personal, con inclusión de Inmunidad de arresto o detención;
 - (b) Inmunidad de jurisdicción penal, civil y administrativa de conformidad con la Convención de Viena;
 - (c) Inviolabilidad de cualesquiera papeles y documentos;
 - (d) Exención de disposiciones que restrinjan la inmigración y otros registros de extranjeros;

- (e) Las mismas inmunidades y facilidades respecto de su equipaje propio o personal que la Convención de Viena concede a los agentes diplomáticos; y
 - (f) Exención de impuestos en Guatemala sobre su salario, emolumentos y prestaciones.
2. El personal internacional disfrutará de los privilegios e inmunidades otorgados a los expertos en misiones de las Naciones Unidas de conformidad con el artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas. En particular, disfrutarán de:
- (a) Inmunidad de arresto o detención personal y de confiscación de su equipaje personal;
 - (b) Inmunidad de toda acción judicial con respecto a palabras pronunciadas o escritas y a actos realizados por ellos en el desempeño de su misión. Esta inmunidad de toda acción judicial se seguirá concediendo después de que hayan dejado de prestar servicios a la CICIG;
 - (c) Inviolabilidad de todos los papeles y documentos;
 - (d) Las mismas inmunidades y facilidades respecto a sus equipajes personales acordadas a los enviados diplomáticos; y
 - (e) Exención de impuestos en Guatemala sobre su salario, emolumentos y prestaciones.
3. Los privilegios e inmunidades del Comisionado/a y del personal de la CICIG se otorgan en atención a los intereses de la Comisión y no al beneficio personal de los individuos en cuestión. El derecho y la obligación de renunciar a la inmunidad, cuando ello proceda sin perjuicio del objetivo para el que es otorgada, requiere, en cuanto al Comisionado/a, la autorización del Secretario General de las Naciones Unidas y en el caso del personal de la CICIG, del Comisionado/a.



4. El Gobierno proporcionará a la CICIG y a su personal, en todo Guatemala, la seguridad necesaria para el cumplimiento eficaz de sus actividades se compromete a velar por que ningún personal de la CICIG, sea personal nacional o internacional, sea de modo alguno objeto de abusos, amenazas, represalias o intimidaciones en virtud de su estatus de personal de la CICIG o por el desempeño de su trabajo como personal de la CICIG.

Los privilegios e inmunidades de los representantes de la CICIG van enfocados a la aplicación de sus funciones más no en un carácter personal.

ARTÍCULO 11. Retiro de la cooperación.

La Organización de Naciones Unidas se reserva el derecho de terminar su cooperación con el Estado:

- (a) Si el Estado deja de cooperar plenamente con la CICIG de una manera que obstaculice sus actividades;
- (b) Si el Estado no adopta las medidas legislativas para erradicar los Aparatos Clandestinos de Seguridad y Cuerpos Ilegales de Seguridad, en el período del mandato de la CICIG; y/o
- (c) Por falta de apoyo financiero de la comunidad internacional.

El estado debe de promover leyes de seguridad mas eficaces para que internamente se le de solución a los conflictos internos que se generan en nuestro país y no depender totalmente de organizaciones internacionales que contravengan con nuestro ordenamiento jurídico y sea afectado nuestra gobernabilidad institucional.

ARTÍCULO 12. Solución de controversias.

Toda controversia entre las partes relacionada con la interpretación o con la aplicación del presente Acuerdo se resolverá por negociación entre las partes o por cualquier otro medio de solución mutuamente convenido.



ARTÍCULO 14. Entrada en vigencia y duración.

El presente Acuerdo entrará en vigencia en la fecha en que el Estado de Guatemala notifique oficialmente a la Organización de Naciones Unidas, que ha completado sus procedimientos internos de aprobación y ratificación. Tendrá una vigencia de dos (2) años y podrá prorrogarse por acuerdo escrito entre las partes.

ARTÍCULO 15. Modificación.

El presente instrumento se podrá modificar por acuerdo escrito entre las partes. EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los siguientes representantes debidamente autorizados por la Organización de Naciones Unidas y por el Gobierno de Guatemala han firmado el presente Acuerdo. Hecho en la Ciudad de Nueva York el 12 de diciembre de 2006, en dos originales Inglés y Español, siendo ambos textos igualmente auténticos.

Sería factible que al cumplimiento del plazo que se establece para modificar dicho acuerdo, se promoviera por el Estado los cambios necesarios para que se cumpla con el Estado de derecho interno.

4.3. Apoyo en la formulación de políticas públicas orientadas a la desarticulación de los CIACS y a prevenir su reaparición

La CICIG ha sido concebida también como un ente con capacidad de asesorar en materia de formulación de políticas públicas a las instituciones encargadas de la investigación y persecución penal, así como a otras que de alguna forma intervendrán en las acciones para desarticular los cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad.

Esta facultad viene respaldada por la capacidad de la CICIG de suscribir e implementar acuerdos de cooperación con el Ministerio Público, la Corte Suprema de Justicia, la Procuraduría de los Derechos Humanos, la Policía Nacional Civil y otras instituciones del Estado, consideradas fundamentales para el cumplimiento de su mandato.

Por su parte, el Gobierno de la República se compromete a promover un conjunto de reformas legislativas, necesarias para garantizar el funcionamiento adecuado del sistema guatemalteco de investigación y procesamiento judicial. Estas propuestas de reformas legales deberán ser elaboradas en consulta con representantes de las instituciones nacionales y la ONU, con el fin de adecuar el sistema legal nacional a las convenciones internacionales en materia de derechos humanos.

4.4. Contribución a los procesos de depuración institucional

La función de asesoría técnica va orientada, a su vez, al apoyo que la CICIG puede brindar en la formulación e implementación de procedimientos administrativos para sancionar a funcionarios presuntamente ligados a las actividades de los CIACS. De ahí deviene su contribución a los procesos de depuración institucional, la cual no se concentra en el ámbito de la elaboración e implementación de procedimientos administrativos.

La CICIG estará facultada para denunciar a aquellos funcionarios y empleados públicos que en el ejercicio de su cargo hayan incurrido en infracciones de carácter administrativo, o que hayan obstaculizado el ejercicio de las funciones o facultades de la Comisión.

La denuncia por la vía administrativa no excluye que se promueva ante el Ministerio Público cualquier proceso penal que sea pertinente. Con ello se abre la posibilidad de establecer el nivel de penetración que han alcanzado las estructuras criminales en el aparato estatal, así como el grado de participación de agentes y funcionarios estatales en la comisión de estos delitos.

4.5. Garantías concedidas a la CICIG y su personal

Con el propósito de que la CICIG pueda realizar su trabajo de manera eficiente, el acuerdo otorga a su personal varias garantías, tales como:

Libertad para movilizarse en todo el territorio nacional, que incluye todas las instalaciones del Estado, tanto civiles como militares; establecimientos penitenciarios y de detención acorde con lo establecido en la Constitución Política de la República.

Libertad de reunirse y entrevistar a cualquier persona o grupo, con inclusión de funcionarios del Estado, personal militar y policial, dirigentes comunitarios, organizaciones no gubernamentales, instituciones privadas y cualquier otro actor cuyo testimonio se considere necesario para el desempeño de su mandato.

Libertad de acceso a toda la información y material documental que guarde relación con la investigación, como archivos oficiales, bases de datos, registros públicos y cualquier informe semejante, archivo, documento o información en posesión de las personas o entidades estatales pertinentes, ya sean civiles o militares.

4.6. Desafíos de la nueva comisión

La CICIG es un instrumento, una herramienta que puede contribuir a combatir la impunidad en aquellos casos de violencia política, provocada por cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad. Su creación no debe ser entendida como la solución al polifacético problema de la impunidad, pues atacar estas manifestaciones violentas significa abordar tan sólo una parte del problema.

De aprobarse su creación por el Congreso de la República, el nuevo ente enfrentará una serie de retos que, a la postre marcarán el éxito o el fracaso de esta iniciativa novedosa y singular en la lucha contra la impunidad. Estos desafíos van en la línea de:

Delimitar con rigurosidad los procesos que serán objeto de investigación por parte de la CICIG. Esto dependerá en gran medida de los arreglos y los acuerdos de cooperación que dicha comisión internacional entablará con las instituciones encargadas de la investigación y persecución penal, especialmente con el Ministerio Público, ente rector de estos procesos. No debe perderse de vista que el objetivo primordial de la CICIG es apoyar y contribuir en los procesos de fortalecimiento institucional. Por lo tanto, lo que se

busca es remarcar la obligación del Estado de Guatemala de investigar, perseguir y sancionar los hechos de violencia política perpetrados por agentes de cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad.

La CICIG deberá concentrar sus esfuerzos investigativos en estructuras y casos que sean verdaderamente paradigmáticos y cuya persecución y sanción penal sienten un precedente importante en el ámbito judicial guatemalteco. Para tal efecto, deberá impulsar aquellos procesos penales, en la calidad de querellante adhesivo que se le confiere, contra las estructuras criminales más fuertes, que han logrado un nivel de penetración profundo en el aparato institucional; y en casos que muestren claramente la acción de los CIACS y el patrón de violencia política que pueden desatar.

Será determinante para el trabajo de la CICIG la conformación de un equipo humano altamente calificado para sacar adelante las complejas tareas de investigación que se emprenderán. El perfil del personal, independientemente de su nacionalidad, deberá considerar altos estándares éticos, formativos y profesionales, con el afán de garantizar la efectividad, la contundencia y la imparcialidad de las investigaciones. Esto es de especial importancia, en la medida en que el producto de las investigaciones será la materia prima para encausar procesos judiciales sólidos contra miembros y cabecillas de las estructuras criminales que generan violencia en Guatemala.

Por último, es fundamental que la CICIG ponga énfasis, en el marco de sus investigaciones, en el enraizamiento que los cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad han logrado en las instituciones estatales, especialmente en aquellas encargadas de la seguridad y justicia. Sólo con un proceso sostenido de depuración institucional, acompañado de sanciones administrativas y penales ejemplares, se garantizará que estas estructuras criminales no resurjan en el seno del propio Estado y continúen erosionando los endeble cimientos sobre los que descansa la institucionalidad política de nuestro país.



4.7. La CICIG y la Autonomía del Ministerio Público

En esta apartado me limitare a expresar que estas instituciones cada una tiene y debe de tener bien definidas hasta que punto emitir ordenes una de otra ya que el Ministerio Público es autónomo y por mandato de ley no recibe órdenes de ninguna otra entidad por lo que la aparición de esta institución que buscan también el mismo fin que tiene el Ministerio Público que es la investigación lleva que se tergiversen las atribuciones y se pretenda sobre pasar la autonomía de dicho ministerio, por lo que los legisladores deben realizar su trabajo no solo para palear alguna problemática del país, si no que para garantizar la paz institucional y que redundaría en beneficio para lo habitantes de Guatemala.

4.8. Ventajas de la CICIG

Una ventaja inminente es la contribución significativa de la CICIG en la lucha contra la impunidad toda vez que el objetivo de la CICIG es contribuir al fortalecimiento de las instituciones del Estado encargadas de la investigación y persecución penal de los delitos perpetrados por cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad que operan en el país.

Sus funciones centrales serán determinar la existencia de estas estructuras, sus actividades, formas de operación y fuentes de financiamiento, así como su posible vinculación con entidades o agentes del Estado y otros sectores que atenten contra los derechos civiles y políticos.

Además, promover la desarticulación de los cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad CIACS y la sanción penal para los responsables de los delitos cometidos; y recomendar al Estado la adopción de políticas públicas orientadas a erradicar este fenómeno y prevenir su reaparición.

Su contribución abarca tres ámbitos: el proceso penal, la elaboración de políticas públicas y la promoción de la depuración institucional. Otra ventaja son los aportes

sustantivos al proceso penal la CICIG estará facultada para promover la persecución penal de miembros de los cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad CIACS, por medio de la interposición de denuncias penales ante las autoridades correspondientes; y podrá constituirse en querellante adhesivo para todos los casos en el marco de su competencia, en estricto apego a lo establecido en el Código Procesal Penal guatemalteco.

La posibilidad de adherirse a los procesos judiciales reafirma el propósito concebido en la propuesta de la CICIG, en el sentido de apoyar el fortalecimiento del sistema de justicia, a través de la aportación de elementos de prueba contundentes, que permitan construir casos sólidos contra los responsables de estos delitos.

Ahora bien, el acuerdo establece que para cumplir con las finalidades de la investigación y persecución penal, el Ministerio Público (MP) dispondrá el nombramiento de fiscales especiales que sean necesarios, así como otras acciones que se consideren pertinentes para realizar las diligencias correspondientes. Por su parte, la Policía Nacional Civil deberá crear unidades policiales de apoyo a las investigaciones a cargo del MP.

Además, la CICIG tendrá la facultad de asesorar al MP y al Gobierno en la materia de su competencia; podrá solicitar a estos la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad de testigos, víctimas y todos aquellos que colaboren en las investigaciones, y velará por el cumplimiento de estas medidas.

El ocho de julio, el Comisionado de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala Carlos Castresana se reunió en la ciudad de Nueva York con alrededor de treinta embajadores y oficiales de países amigos de Guatemala. Esta reunión tuvo la finalidad de rendir cuentas acerca de las actividades sustantivas de la CICIG, el ejercicio económico de dos años de labores, presentar un nuevo presupuesto conforme a los nuevos desafíos para el próximo período y solicitar a los donantes la renovación de su compromiso para financiar la Comisión.



La reunión estuvo presidida por B. Lynn Pascoe, Secretario General Adjunto de Asuntos Políticos de las Naciones Unidas, y en ella estuvo presente Gert Rosenthal, Representante Permanente de Guatemala ante este Organismo.

Durante la reunión, prácticamente hubo unanimidad por parte de los embajadores en el reconocimiento al trabajo que realiza la CICIG, bajo el mando del Comisionado Carlos Castresana. Consideraron también que dicha reunión era una respuesta de apoyo a la demanda pública que hiciera la sociedad civil guatemalteca días atrás.

Se confirmó el compromiso de todos los países amigos de Guatemala en continuar con el apoyo político y financiero a la CICIG para asegurar la continuidad de su tarea en la medida en que se valora que es una institución esencial para la preservación y la mejora del estado de derecho en Guatemala.

Los embajadores estuvieron de acuerdo en que la CICIG está haciendo su trabajo de acuerdo con su mandato, no es que esté creando problemas pues los problemas ya existían desde antes, pero sumergidos. Lo que está haciendo la CICIG es sacarlos a la superficie. "Esa es la única manera de conseguir que algún día Guatemala se deshaga de la impunidad" expresó el Comisionado de CICIG.

Después de felicitar expresamente a Castresana por su dedicación y compromiso con el trabajo de la Comisión, los embajadores se refirieron a que la comunidad internacional tenía que dar pasos importantes hacia la sostenibilidad y el mejoramiento del apoyo que recibe la CICIG, sobre todo en la nueva fase de su segundo período. Se resaltó la credibilidad y el respeto que ha ganado la CICIG en Guatemala y a nivel internacional.

Se dijo también que el hecho de que la CICIG esté siendo objeto de presiones en contra, significa que está haciendo bien su trabajo, que está impactando en la sociedad guatemalteca, así como en los intereses clandestinos y en las organizaciones, las cuales han actuado con total impunidad, pero que ahora se ven implicadas en casos que investiga la Comisión.

Esto es lo que explica la intimidación y el acoso que hacen a la CICIG algunos sectores e individuos. Expresaron que el trabajo de la CICIG es un componente esencial para construir seguridad y mantener el estado de derecho en Centroamérica.

Durante la reunión hubo un acuerdo tácito que confirma la voluntad de los países de que la CICIG siga reforzando su papel robusto y directo en las investigaciones y en las acusaciones, sin perjuicio de que siga haciendo capacitación o buscando asistencia técnica.

Además, expresaron algunos embajadores, la importante tarea de continuar combatiendo la impunidad para seguir teniendo igual o mayor impacto, tanto en los ciudadanos de bien de Guatemala, como en los grupos con intereses clandestinos, los cuales precisamente están reaccionando porque ven amenazados su privilegios y la impunidad de la que venían disfrutando desde siempre.

4.9. Problemática que suscita cuando se contraviene la autonomía

La Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala es intrínsecamente incompatible con la Constitución Política de la República de Guatemala toda vez que el Organismo Ejecutivo del Estado de Guatemala, y la Organización de Naciones Unidas, aprobaron el convenio de creación de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, denominada CICIG.

Haber aprobado ese convenio es haber comenzado un proceso de golpe de Estado. El dictamen de la comisión de relaciones exteriores del Congreso de la República es una evidencia que no es lo más aconsejable para nuestro país esta comisión. Ese dictamen intentaba detener la consumación del golpe de Estado, y evitar que la Organización de Naciones Unidas asalte, usurpe e insulte la soberanía de Guatemala.

Para aprehender la más pura naturaleza de la comisión que se pretende crear, es necesario que el convenio sea despojado de ornamentos retóricos, eufemismos formalistas, disfraces políticos, y ardidés jurídicos. Es necesario también prescindir de



las recurrentes argumentaciones falaces y de las pertinaces tergiversaciones de algunos de los pugnases apologistas de la comisión.

La naturaleza de la comisión consiste en someter el Estado de Guatemala a la autoridad de la Organización de Naciones, para que puedan ser investigados, acusados y sometidos a proceso judicial quienes presuntamente emplean el poder del Estado para cometer crímenes, de los cuales defensores de derechos humanos, jueces, testigos y sindicalistas son víctimas predilectas.

Los autores de esos crímenes actúan impunemente; y porque el Gobierno de la República no los investiga, ni los acusa ni los somete a proceso judicial, se pretende que una institución internacional, dotada de un poder mayor que el que poseen los organismos del Estado de Guatemala, los investigue, acuse y someta a proceso judicial. La comisión sería, pues, intrínsecamente incompatible con la Constitución de la República.

La Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) es incompatible por lo menos con tres Artículos constitucionales. El primero es el Artículo 140, el cual declara que "Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano." El segundo es el Artículo 141, el cual declara que "la soberanía radica en el pueblo, quien la delega, para su ejercicio, en los organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial." El tercero es el Artículo 251, el cual declara que el Ministerio Público, al que compete procurar el cumplimiento de la ley, es autónomo.

Si bien es cierto la cooperación internacional es un gran apoyo para la sociedad Guatemalteca, esta debe ser invertida en asuntos como el fomento y reactivación de la Agricultura en Guatemala, la protección del medio ambiente, etc. Darle fines más loables y menos perjudiciales a la autonomía del país. Toda vez que la investigación, corrección y de los cuerpos ilegales es un problema que debe resolverlo el Estado de Guatemala con su propia autoridad, su propio poder y sus propios recursos.



CONCLUSIONES



1. El derecho penal guatemalteco interno a través de sus diferentes etapas en la historia, no ha tenido una evolución de acuerdo a las normativas implementadas en el país conforme al nivel de violencia que se vive hoy en día, por lo que se ha tratado de fortalecer con la creación de la CICIG siendo esta una institución internacional basada en leyes internacionales.
2. La responsabilidad de los funcionarios públicos para la aplicación de un derecho penal guatemalteco es ineficaz, dando como resultado que los mismos funcionarios encargados de ejercer la acción penal han incurrido en hechos delictivos como lo son incumplimiento de deberes, cohecho, omisión de denuncia, los cuales afectan el buen funcionamiento de un Estado de derecho en el momento de impartir justicia.
3. La falta de mecanismos legales para erradicar los altos índices de criminalidad, la falta de responsabilidad y de cumplimiento de los deberes que tienen los funcionarios públicos y la administración pública así como los organismos encargados de impartir justicia dan como consecuencia actos impunes de los hechos delictivos que afectan al país.
4. En el presente caso el Ministerio Público como la CICIG, se contravienen en cuanto a su autonomía, en el sentido que la CICIG fue creada para investigar la existencia de cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos específicamente y el conflicto que existe entre ambas causan un distractor y se pierden los objetivos de dichas instituciones.





RECOMENDACIONES

- 1. El Congreso de la República de Guatemala debe promover una legislación eficiente para la aplicación del derecho penal guatemalteco a nivel nacional como internacional para que tanto el Estado como particulares sean amparados, como lo establece su normativa y no pretender crear mecanismos y procedimientos discrecionales e ineficientes que paralizan la erradicación de la violencia en Guatemala.**
- 2. Es necesario que existan procedimientos específicos técnicos de asesoría y capacitación para todos aquellos funcionarios públicos que tengan responsabilidad en el momento de ejercer la acción penal, para evitar que se pierda la credibilidad y confiabilidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y así se pueda recuperar la confianza que se deposita en el sistema de justicia.**
- 3. El objetivo principal del Estado de Guatemala debe ser velar porque las normas legisladas para la protección de la seguridad jurídica y el bien común de la sociedad, en el ejercicio de la acción penal sea ejercida mediante el Ministerio Público para erradicar la impunidad a través de investigaciones eficientes y objetivas como lo regula su ordenamiento jurídico.**
- 4. Es necesario que se delimiten específicamente las atribuciones del Ministerio Público como de la CICIG, para evitar duplicidad de funciones y conflictos entre ambas para que efectúen un trabajo conjunto implementando mecanismos que no contravengan la autonomía de dichas instituciones, y así cumplir el objetivo principal de la creación de la CICIG que es combatir la impunidad en el país.**





BIBLIOGRAFÍA

- ANTON ONECA, José. **Derecho penal, parte general**. 2da. ed. Madrid, España: 1986
- BACIGALUP E. **Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica**. Revista del Foro Canario No. 89, 1944.
- BERISTAIN, C. Martín. **Justicia y reconciliación (el papel de la verdad y la justicia en la reconstrucción de sociedades fracturadas por la violencia)**. (s/e); (s/E); Cuadernos de Trabajo N° 27, Universidad País Vasco, Hegoa, 2000.
- BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. 2t.; (s/e); Ed. La Ley S. A.; Buenos Aires, Argentina, 1964.
- BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho**. Fondo de cultura económica. 8º reimpresión. México: 1983.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal español**. Ed. P.G. Barcelona, España: 1984.
- CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, L., C. Martín Beristain y J.L. ALBIZU BERISTAIN. (s/e); (s/E); **La masacre de Xaman, experiencias de acompañamiento y trabajo en salud mental**. Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala - Odhag, Guatemala, 1998.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 14t. (s/e); Ed. Ediciones Heliasta; Buenos Aires, Argentina 1979.
- CASTILLO GONZÁLES, Jorge Mario. **Derecho administrativo**. 8ª. ed.; Ed. Ediciones Gráficas de Guatemala, 1996.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal, José Francisco DE MATA VELA. **Derecho penal guatemalteco**. (s/e); Ed. Llerena; Guatemala, 1999.
- DE LEÓN VELASCO Héctor Aníbal, y otros. **Manual de derecho penal guatemalteco, parte general**. (s/e); Ed. Artemis Edinter, Guatemala 2000.



FIERRO J. Guillermo. **La ley penal y el derecho internacional.** (s/e); Ed. Tipográfica Editora Argentina; Buenos Aires, Argentina 1997.

FERNÁNDEZ ROCA Cynthia Sulema. **Análisis histórico-doctrinario y jurídico en relación a la ley de probidad y responsabilidades de funcionarios y empleados públicos.** Tesis; Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, Guatemala. 2000.

FUNDACIÓN MYRNA MACK. **Corrupción en la administración de justicia,** Seminario Taller, Guatemala 1 al 3 de Septiembre 2000.

FUNDACIÓN MYRNA MACK - FMMack: **Notas de la coyuntura en Guatemala N° 5.** (s/e); s/E); Guatemala, 1999.

FUNDACIÓN MIRNA MACK. **Autoría y participación criminal, selección de materiales.** Guatemala: 1997.

GÓMEZ DE LA TORRE, Berdugo Ignacio, y otros. **Lecciones de derecho penal.** (s/e); Ed. Praxis; Barcelona, España, 1999.

<http://www.albeldrio.org/htm/noticias/smas150608.htm>.

HIDALGO MORALES, Mariela Eulalia. **Análisis jurídico de la cicig y su interferencia en el derecho penal guatemalteco.** Tesis de Grado. Universidad de San Carlos de Guatemala, 2008.

KORDON, L. **La impunidad (una perspectiva psicosocial y clínica),** Sudamericana. (s/e) ;(S/E); Buenos Aires, 1995.

KLITGAARD, Robert. **Controlando la corrupción.** (s/e); Ed. Sudamericana, S.A. Buenos Aires, Argentina, 1995.

LOZANO, Juan; Valerio MERINO DINARI. **La hora de la transparencia en América Latina.** (s/e); Ed. García; Buenos Aires, Argentina, 1998.



LUNA TROCCOLI, Héctor José. **Responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos en la legislación guatemalteca.** Tesis; Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar. Guatemala. 1980.

MANFRONI, Carlos. **La Convención Interamericana contra la corrupción, anotada y comentada.** (s/e); Ed. Abeledo- Perrot; Buenos Aires, Argentina, 1997.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal.** (s/e); Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, S.A.; Barcelona, España, 1990.

MIR PUIG, Santiago. **El Derecho penal en el estado social y democrático de derecho.** (s/e); Ed. Ariel, S.A.; Barcelona, España, 1994.

Ministerio Público. **Manual del fiscal.** Publicaciones del ministerio público. Guatemala: 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito.** 2da. ed.; Ed. Temis S.A. Colombia: 2004.

MUÑOZ, C. Ricardo. **Doctrina penal.** (s/e); Ed. Desalma; Barcelona, España, 1989.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Ed. Heliasta, Viamonte 1730.

Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala - Odhag: **Guatemala nunca más. Los impactos de la violencia.** 1t. (s/e); Ed. Proyecto de Recuperación de la Memoria Histórica, Guatemala, 1998.

PAR USEN, José Mynor. **El juicio oral en el proceso penal guatemalteco.** 1T; Ed. Vile. Guatemala: 1997.

RAMÍREZ GARCÍA, Luis Rodolfo. **Informe de investigación sobre la corrupción.** Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. Guatemala 2002.



RAMÍREZ GARCÍA, Luis Rodolfo. **Adaptando la legislación penal de Guatemala a la Convención Interamericana contra la Corrupción.** Informe editado por el departamento de Cooperación y Difusión Jurídica de la OEA. Guatemala 2001.

RODRÍGUEZ BARILLAS, Alejandro. **El problema de la impunidad en Guatemala.** (s/e); Ed. Avancso / FMMack, Guatemala, 1996.

RODRÍGUEZ BARILLAS, Alejandro. **Análisis crítico sobre la tendencia político Criminal del Período 1994-1998.** Ed. Publicación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales, Guatemala; Octubre 1999.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. **Diccionario de la lengua española.** 1t. (s/e); (s/E); Madrid, España. 1984.

ROXIN, Claus. **Introducción al derecho penal y procesal.** Ed. Ariel; Barcelona, España, 1989.

SERRA ROJAS, Andrés. **Derecho administrativo: doctrina, legislación y jurisprudencia.** Ed. Porrúa, S.A.; México, D.F. 1994.

TÉLLEZ GARCÍA, Amando Rafael. **La función pública.** Tesis; Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala; Guatemala 1965.

TRUYOL, Antonio. **Fundamentos de derecho internacional público.** Ed. Tecnos. Madrid, España, 1977.

Legislación:

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

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

Código Procesal Penal. Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.



Ley del Organismo Judicial.

Ley orgánica del Ministerio Público.

Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala. Decreto 35-2007 del Congreso de la República de Guatemala.