

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

**LA IMPORTANCIA DE TIPIFICAR EL NEPOTISMO COMO DELITO EN EL
CÓDIGO PENAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JAYRO BONIFACIO ALVAREZ ALVAREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre de 2010

**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. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Víctor Manuel Hernández Salguero
Vocal: Lic. Alvaro Arturo De León Alvarez
Secretario: Lic. Guillermo Díaz Rivera

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Helder Ulises Gómez
Vocal: Lic. Rodolfo Giovanni Célis López
Secretario: Lic. Ronald David Ortiz Orantes

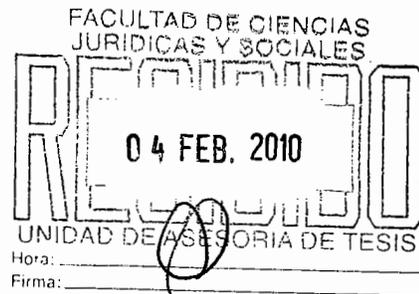
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

BUFETE JURÍDICO
Lic. WILLIAMS HAROLDO LÓPEZ SANDOVAL
15 calle 1-59, zona 1
Teléfonos 54081990 - 22538807



Guatemala, 4 de febrero de 2010

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Lic. Castillo Lutín:

En cumplimiento del nombramiento de fecha doce de enero de dos mil diez, emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis, procedí a ASESORAR el trabajo de tesis del bachiller JAYRO BONIFACIO ALVAREZ ALVAREZ, intitulado: "LA IMPORTANCIA DE TIPIFICAR EL NEPOTISMO COMO DELITO EN EL CÓDIGO PENAL".

1. Para el efecto me permito informar a usted lo siguiente: a) que el trabajo de tesis que procedí a asesorar se encuentra elaborado conforme a la perspectiva doctrinaria adecuada y moderna de los textos legales relacionados con la disciplina; b) que el trabajo referido se encuentra contenido en cinco capítulos, comprendiendo aspectos importantes del tema donde el autor logró establecer que el Código Penal no regula el nepotismo constituyendo una limitante para iniciar una demanda en contra del funcionario público que incurre en el mismo, no obstante dicha figura si está regulada en la Ley de Probidad y Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados Públicos, pero la misma es insuficiente para sancionar al funcionario público que la practica, haciendo énfasis en la importancia de llenar dicho vacío legal. Consecuentemente, el Congreso de la República de Guatemala como órgano facultado revise la legislación penal vigente y proceda a actualizarla, en el sentido que adicione el delito de nepotismo para que se sancione a los funcionarios públicos con una norma penal específica, radicando en ello su contribución científica a la investigación de mérito.

2. Que realicé las recomendaciones del caso, así como las correcciones atinentes y necesarias, mismas que fueron observadas y cumplidas fehacientemente por el sustentante del presente trabajo de investigación.

En mi opinión, la tesis, efectivamente cumple con los requisitos del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y para el efecto hago constar que: a) el



contenido científico y técnico contribuye enormemente a la modernización del Código Penal; b) en cuanto a la metodología utilizada, en su desarrollo se observó la aplicación científica de los métodos analítico, deductivo e inductivo; c) en lo concerniente a las técnicas de investigación el sustentante aplicó las técnicas de investigación documental y la bibliográfica; d) para el efecto, la redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a claridad y precisión, de tal forma que sea comprensible al lector; e) el sustentante brinda un importante aporte jurídico, así como un enfoque doctrinario y legal, al precisar la importancia de tipificar el nepotismo como delito en el Código Penal para solucionar los conflictos que genera la contratación de personal no idóneo para desempeñar funciones públicas y de esta forma recuperar la confianza de los administrados, de lo expuesto deriva que es invaluable la contribución científica que el sustentante realiza en la tesis de mérito; f) las conclusiones y recomendaciones son atinentes, oportunas, claras, sencillas y concretas, con el fin que sus propuestas sean tomadas en cuenta; y g) por último, la bibliografía utilizada es reciente, acorde y exacta para cada uno de los temas desarrollados en el contenido. Por lo antes expuesto, en definitiva, al haberse cumplido con todos los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público referidos, resulta pertinente aprobar el trabajo de investigación objeto de asesoría, por lo que para el efecto procedo a emitir el presente **DICTAMEN FAVORABLE**.

Sin otro particular, atentamente,

Lic. Williams Haroldo López Sandoval
Abogado y Notario
Colegiado 7,896
LICENCIADO

Williams Haroldo López Sandoval
ABOGADO Y NOTARIO

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, nueve de abril de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RENÉ RAMIRO FLORES GÓMEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JAYRO BONIFACIO ALVAREZ ALVAREZ, Intitulado: "LA IMPORTANCIA DE TIPIFICAR EL NEPOTISMO COMO DELITO EN EL CÓDIGO PENAL".

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. ROLANDO SEGURA GRAJEDA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
RSG/sllh.

Lic. René Ramiro Flores Gómez
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 4,968



Ciudad de Guatemala, 16 de abril de 2010

Licenciado
Rolando Segura Grajeda
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



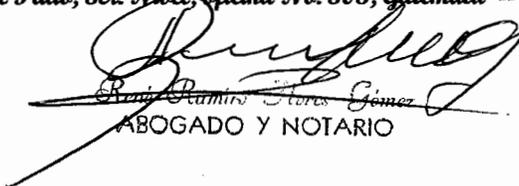
Respetable señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

De manera atenta me dirijo a usted para comunicarle que he cumplido con la función de Revisor de Tesis del estudiante: **JAYRO BONIFACIO ALVAREZ ALVAREZ**, que me fuera asignado según providencia de fecha nueve de abril de dos mil diez, intitulado: **"LA IMPORTANCIA DE TIPIFICAR EL NEPOTISMO COMO DELITO EN EL CÓDIGO PENAL"**, el cual a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades que establece el normativo de esta Facultad, para el efecto procedo a emitir el Dictamen siguiente:

I. Considero que el tema investigado por el bachiller Jayro Bonifacio Alvarez Alvarez, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, por lo que puede llegarse a la conclusión que el mismo, no sólo reúne los requisitos exigidos por la reglamentación correspondiente, sino además presenta una temática de especial importancia, en el sentido que el ponente logró establecer que efectivamente, es necesario regular el nepotismo como delito en el Código Penal para evitar los abusos y arbitrariedades en que incurrir los funcionarios públicos al contratar personal en función del parentesco, no obstante estar contenida la prohibición en la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, obvian dicha normativa. En consecuencia, como contribución científica el ponente considera relevante que los diputados del Congreso de la República propicien una iniciativa de ley que regule el nepotismo como delito, y así erradicar dicha práctica.

II. La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de la metodología concerniente a los métodos analítico, deductivo e inductivo; en lo concerniente a las técnicas de investigación el sustentante aplicó, la bibliográfica y la documental, comprobándose con ello que hizo uso de la recolección de bibliografía actualizada.

7ª. Avenida 7-07 zona 4, Edificio El Patio, 3er. Nivel, oficina No. 305, Guatemala -- Teléfono: 23316787


René Ramiro Flores Gómez
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. René Ramiro Flores Gómez
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 4,968



III. De tal manera, que la redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a claridad y precisión; el sustentante brinda un valioso aporte jurídico enfocándolo desde el punto de vista doctrinario y legal determinando que el órgano facultado para legislar debe revisar la legislación penal existente con el fin de actualizarla, siendo con ello interesante la contribución científica que el sustentante realiza en la tesis de mérito.

IV. Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado, haciendo aportaciones valiosas y propuestas concretas para su realización.

V. La bibliografía empleada por el sustentante, fue la adecuada al tema investigado.

VI. En tal sentido, el contenido de trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación ésta apegado a las pretensiones del postulante, cumpliendo en definitiva con los requisitos de forma y fondo exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, derivado de lo anterior emito **DICTAMEN FAVORABLE** a la investigación realizada por el bachiller Jayro Bonifacio Alvarez Alvarez, en virtud de haber cumplido fehacientemente con el requerimiento científico y técnico, aplicación de la metodología y técnicas de investigación, redacción, pertinencia de su contribución científica, puntualización exacta de las conclusiones y recomendaciones arribadas, además de la utilización de la bibliografía atinente al tema investigado.

Sin más que agradecer la consideración a mi persona, al recomendarme tan honroso trabajo de revisor, aprovecho la oportunidad para suscribirme como su atento servidor.


~~LIC. RENÉ RAMIRO FLORES GÓMEZ~~
Abogado y Notario
Colegiado No. 4,968

René Ramiro Flores Gómez
ABOGADO Y NOTARIO

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, diez de junio del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JAYRO BONIFACIO ALVAREZ ALVAREZ, Titulado LA IMPORTANCIA DE TIPIFICAR EL NEPOTISMO COMO DELITO EN EL CÓDIGO PENAL. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.



DEDICATORIA



A JESÚS DE LA CAÍDA:

A quien entrego mi carrera, para que la bendiga por siempre; gracias por escuchar mis oraciones; por devolverme la vida y la salud para lograr este sueño, acompañarme e iluminarme. Gracias Jesús por estar conmigo siempre.

A LA VIRGENCITA DEL ROSARIO:

A quien también entrego mi carrera para que la bendiga y la cubra con su manto celestial. Gracias dulce madre, por acompañarme siempre y concederme esta gracia especial.

**A MI MADRE,
MARÍA ALVAREZ:**

Por ser una madre ejemplar y verdadera, por estar a mi lado en los momentos difíciles y alegres de mi vida, apoyándome con sus consejos y oraciones, para lograr este sueño; la quiero mucho mamá y agradezco a Jesús y a la Virgen por la mamá que me dieron. A usted dedico mi carrera; que Dios la bendiga siempre.

**A MI PADRE,
BONIFACIO ALVAREZ:**

Por estar siempre a mi lado, en los buenos y malos momentos, apoyándome; por ser el patrocinador de este sueño, a través de la distancia; gracias papá por tu esfuerzo, por creer y confiar en mí; por quererme mucho, hoy puedo decirte felizmente, misión cumplida, este triunfo también es tuyo.

**A MI HERMANO,
EDDY ALVAREZ:**

El hermano que cualquier ser humano hubiera deseado tener a su lado, quien me ha protegido y querido, gracias a tu esfuerzo y tu trabajo puedo también alcanzar este sueño, gracias por ser el apoyo incondicional e incansable, por tus consejos, cariño y



oraciones, por ser un segundo padre para mí, y por creer siempre en que yo podía alcanzar esta meta, te quiero.

**A MI HERMANO,
ERIK ALVAREZ:**

Por guiar mi destino, para que yo pudiera estudiar y graduarme; gracias hermano, te quiero con todo mi corazón.

**A MI ABUELITA, MAMÁ
LUPE Y MI TÍA JUANA:**

Por ser los ángeles que me cuidan desde el cielo para no caer.

A MIS TÍOS Y PRIMOS:

En especial a Dieguito, Lupita y Carlitos.

AL MÉDICO NEURÓLOGO:

Carlos Dávila Vásquez. Por ayudarme a recuperar mi salud.

A MIS AMIGOS:

María Rosaura Vallejos Javier, Alma Orozco, Alma Orellana, Norma, Lily, Ana Luisa, Lissett, Sandy, María, José, Levin, Julio César y Fernando.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, por darme la oportunidad y privilegio de haber sido un estudiante sancarlista.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por brindarme todo el conocimiento necesario para poder ser un gran profesional del derecho, para el servicio de toda la población de mi patria, Guatemala.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1 . Teoría del delito.....	1
1.1 Definición de delito.....	1
1.2 Clasificación de delito.....	3
1.3 Sujetos.....	6
1.3.1 Activo.....	6
1.3.2 Pasivo.....	8
1.4 Objetivos del delito.....	9
1.5 Elementos de la teoría del delito.....	10
1.5.1 La acción.....	10
1.5.1.1 Tipos de acción.....	13
1.5.2 La tipicidad.....	14
1.5.3 La antijuricidad.....	18
1.5.4 La culpabilidad.....	21
1.5.5 La punibilidad.....	22
1.6 Formas de la culpabilidad.....	23
1.6.1 El dolo.....	23
1.6.2 Clases de dolo.....	25
1.6.2.1 Dolo directo de primer grado.....	26
1.6.2.2 Dolo directo de segundo grado.....	27
1.6.2.3 Dolo eventual.....	29
1.7 Desarrollo del delito.....	30
1.7.1 El iter criminis.....	30

CAPÍTULO II

2. La administración pública.....	43
-----------------------------------	----



2.1	Definición.....	43
2.2	Finalidad.....	45
2.3	Regulación legal.....	45
2.4	Funcionarios públicos.....	46
2.4.1	Definición.....	46
2.4.2	Regulación legal.....	48
2.4.3	Calidades.....	50
2.4.4	Características.....	53
2.5	Empleados públicos.....	54
2.5.1	Definición.....	54
2.5.2	Regulación legal.....	56
2.5.3	Calidades.....	56
2.5.4	Características.....	58
2.6	Responsabilidad de los funcionarios públicos.....	58
2.6.1	Responsabilidad política.....	58
2.6.2	Responsabilidad jurídica.....	60
2.6.2.1	Civil.....	61
2.6.2.2	Penal.....	62
2.6.2.3	Administrativa.....	62
2.7	Regulación legal.....	63
2.7.1	Civil.....	63
2.7.2	Penal.....	64
2.7.3	Administrativa.....	65
2.8	La importancia de tipificar el nepotismo como delito en el Código Penal.	67

CAPÍTULO III

3.	El nepotismo.....	69
3.1	Definición.....	69
3.2	Antecedentes históricos.....	71
3.3	Naturaleza jurídica.....	75
3.4	Regulación legal del nepotismo en la Ley de Probidad y	



Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos.....	76
3.5 El dolo en la práctica nepotista.....	78
3.6 El nepotismo como una variante de la corrupción.....	79
3.7 Necesidad de erradicar el nepotismo.....	80

CAPÍTULO IV

4. Los conflictos del nepotismo en Guatemala.....	83
4.1 Contratación de personal no idóneo para ocupar determinados cargos públicos.....	83
4.2 La no regulación legal del nepotismo como delito en el Código Penal.....	88
4.3 La mala administración del presupuesto de una entidad pública por parte del funcionario público que contrata personal no idóneo.....	90
4.4 Servicio público deficiente derivado de la contratación de personal no idóneo.....	91
4.5 Servicio público deficiente como una defraudación a los administrados...	92
4.6 Pérdida de confianza de los administrados en la administración pública..	93

CAPÍTULO V

5. Soluciones al nepotismo en Guatemala.....	95
5.1 Contratación de personal idóneo para ocupar cargos públicos.....	95
5.2 Reformar el Código Penal y adicionar el nepotismo como delito.....	96
5.3 Realizar una correcta administración del presupuesto de la entidad pública y hacer más eficiente el servicio público al no contratar servidores públicos no idóneos que responden a los intereses del funcionario público.....	97
5.4 Erradicar prácticas nepotistas para no defraudar a los administrados.....	98
5.5 Reformar el Código Penal para ganar la confianza de los administrados..	99
5.6 Proyecto de reforma por adición de norma legal que tipifica el nepotismo como delito en el Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.....	100



CONCLUSIONES.....	105
RECOMENDACIONES.....	107
BIBLIOGRAFÍA.....	109

INTRODUCCIÓN



Se eligió el presente tema en virtud que es preciso conocer y abordar la problemática que atraviesa la administración pública, como producto de la práctica nepotista en que incurren muchos funcionarios públicos. La legislación penal no regula la figura del nepotismo, constituyendo una limitante para accionar en contra del funcionario público que incurra en la misma; no obstante que esta figura sí está regulada en la Ley de Probidad y Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados Públicos, la sanción establecida es únicamente administrativa, sin llegar a constituir una figura delictiva.

El objetivo general de la investigación es: establecer cuáles son las consecuencias que genera la falta de regulación del nepotismo como delito en el Código Penal; determinar las causas y la problemática generada como consecuencia que el nepotismo, como delito, no cuenta con la regulación legal correspondiente; y, establecer la necesidad que el nepotismo sea regulado como delito en el Código Penal para que, de esta forma, se evite que los funcionarios públicos contraten a sus familiares.

La hipótesis planteada fue: La falta de regulación del nepotismo como delito en el Código Penal provoca que los funcionarios públicos a cargo de una entidad pública contraten para el desempeño de cargos públicos a sus familiares.

La investigación se desarrolla en cinco capítulos, siendo los siguientes: en el

primero, se desarrollan las definiciones de la teoría del delito, y otros; el segundo, la administración pública, finalidad, de los funcionarios públicos, calidades de los empleados públicos, regulación legal, responsabilidad de los funcionarios públicos y otros; en el tercero, se define el nepotismo, naturaleza jurídica, regulación legal, entre otros; el cuarto, contiene los conflictos del nepotismo en Guatemala; y, por último, el quinto, precisa las soluciones al nepotismo en Guatemala y el proyecto de reforma de la norma que tipifica el nepotismo como delito en el Código Penal.



La teoría principal en relación al nepotismo establece que es el acto por el cual un funcionario de dirección ejerce su facultad de nombramiento y contratación de personal, respecto de parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio.

En el desarrollo de la investigación se emplearon los métodos analítico, deductivo e inductivo, para establecer los conflictos y soluciones del nepotismo en Guatemala; así como las responsabilidades en que incurren los funcionarios públicos que la practican.

En cuanto a las técnicas, se emplearon las técnicas bibliográfica y documental, para obtener los conocimientos necesarios y establecer la falta de una norma específica para delito relacionado.

Indudablemente el tema es más profundo, por lo que se deja la inquietud en el lector, para que, a través del estudio doctrinario y legal continúe acrecentando sus conocimientos acerca del asunto y consulte otras temáticas.

CAPÍTULO I



1. Teoría del delito

Es una creación de la doctrina, basada en ciertos preceptos legales, no se ocupa de los elementos o requisitos específicos de un delito en particular, sino de elementos o condiciones básicas y comunes a todos los delitos.

Existen dos corrientes o posiciones sobre la teoría del delito, la primera, es la teoría causalista, ésta explica que la acción es un movimiento voluntario físico o mecánico que produce un resultado el cual es tomado por el tipo penal, sin tener en cuenta la finalidad de tal conducta; la segunda es la teoría finalista, que entiende la conducta como un hacer voluntario final, en cuyo análisis deben considerarse aspectos referidos a la manifestación exterior de esa finalidad.

1.1 Definición de delito

Existen diversas definiciones de esta figura jurídica las cuales se desarrollan a continuación.

El autor Guzmán Córdova manifiesta: "Es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Al sancionar una conducta, el legislador la está valorando negativamente, prohibiéndola y esperando con el que los ciudadanos se abstengan



de realizarla”.¹ Esta definición refiere que el delito constituye una conducta humana negativa, prohibida, que el legislador sanciona con una pena y con ello espera que las personas no cometan los ilícitos contenidos en tales figuras delictivas, atendiendo a la función preventiva del delito.

El tratadista Jiménez de Asúa, enfatiza: “Es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.² Para el penalista que desarrolla esta definición, el delito no es más que un acto típico, antijurídico, culpable, imputable a un ser humano que conlleva una sanción de tipo penal.

El penalista Busto Ramírez precisa: “El delito es una conducta típica (acción u omisión), antijurídica y culpable, se trata entonces de una definición tripartita del delito; la tipicidad, adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal; la antijuricidad, la contravención de ese hecho típico con todo el ordenamiento jurídico y la culpabilidad, el reproche porque el sujeto pudo actuar de otro modo, es decir, conforme al orden jurídico”.³ Para este autor, el delito constituye una conducta humana típica encuadrada en un tipo penal, antijurídica, cuando se contraviene ese hecho típico y culpable, actuación que la sociedad juzga por medio del reproche por no acatar el ordenamiento jurídico.

¹ Guzmán Córdova, César Roberto. **Fundamentos de derecho penal**, pág. 50.

² Jiménez de Asúa, Luis. **Lecciones de derecho penal**, pág. 133.

³ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal**, pág. 7.



Por tanto, desde un punto de vista formal, se denomina delito a cualesquiera de las infracciones del ordenamiento jurídico, para las cuales se prevé la aplicación de una sanción como la prisión o una medida de seguridad.

1.2 Clasificación de delito

En algunas legislaciones tales como la española, el delito asume un modelo de carácter tripartito, en tal virtud, las infracciones penales se clasifican en delitos graves, delitos menos graves y faltas. Abordándose al respecto las notas características de las diferentes categorías delictuales no así de las faltas, siendo para el efecto las siguientes:

a) Delito menos grave

En esta categoría se incluyen una serie de infracciones penales de gravedad intermedia entre los hechos que constituyen una falta y los que constituyen un delito grave.

b) Delito grave

Los delitos graves constituyen las infracciones penales que suponen un mayor desvalor ético-social, y acarrear por tanto, las penas más gravosas.

Por otra parte, la doctrina moderna clasifica los delitos atendiendo a:



a) Su gravedad

- Delitos y faltas

b) Su estructura

- Simples y complejos

c) Su resultado

- De daño
- De peligro
- Instantáneos
- Permanentes

d) Sus motivaciones

- Comunes
- Políticos
- Sociales

e) y, por último, como delito aberrante.

No obstante, existen otras clasificaciones doctrinarias tales como:

a) Delitos de acción, delitos de omisión y delitos de comisión por omisión.

b) Atendiendo al resultado:

- Delitos materiales, que exigen un resultado para su consumación;



- Delitos formales, que se consuman con la simple manifestación de voluntad;
- Delitos de lesión, que son aquellos que dañan materialmente el bien jurídicamente protegido;
- Delitos de peligro, que lo hacen idealmente al determinar la puesta en situación de riesgo de dichos bienes.

c) Atendiendo al grado de su perfección

- Delitos intentados, frustrados y consumados;
- Con las subespecies de los delitos agotados e imposibles.

d) Atendiendo a la forma de culpabilidad

- Delitos dolosos e imprudentes.

También existen los delitos denominados putativos, que se caracterizan porque se realizan cuando un sujeto lleva a cabo actos que cree constitutivos de delito, no siéndolos. Se afirma que en este caso se está ante una especie de error de prohibición al revés, que es irrelevante jurídicamente, o lo que es lo mismo, que no convierte en punible el comportamiento.

Se afirma que el Código Penal guatemalteco sigue un sistema bipartito, es decir que el mismo se refiere a delitos y faltas, siendo que los delitos llevan inmersas las infracciones graves o de importancia, y las faltas van encaminadas a aquellas contravenciones leves al orden jurídico penal. La diferencia entre delito y falta, se basa

más que todo en el juicio de reproche que realiza la sociedad, consagrados en principios que caracterizan a cada uno de los dos grupos de tipos penales.



1.3 Sujetos

Como sujetos del delito se encuentran: el sujeto activo y el sujeto pasivo.

1.3.1 Activo

Por ser la acción dependiente de una voluntad, sólo puede ser atribuida a las personas humanas individuales.

Conforme lo descrito, el tratadista Reyes Calderón precia que sujeto activo es: “La persona física que comete el delito; se llama también delincuente, agente o criminal. Esta última noción la utiliza con mayor frecuencia la Criminología”.⁴ Asevera este autor, que el sujeto activo esta constituido por la persona física que realiza un delito, a este sujeto se le conoce con otros nombres dependiendo de la disciplina jurídica que lo estudie.

El Código Penal tiene en su gran mayoría tipos penales exclusivamente concebidos para que los ejecute una persona natural, resultando difícil concebir a una persona jurídica como sujeto activo. Así, en el caso de las personas jurídicas se entiende que

⁴ Reyes Calderón, José Rodolfo. **Derecho penal**, pág. 52.



estas son administradas por personas físicas, que tienen responsabilidad por los actos realizados por su representada. Para el efecto constituye sujeto activo la persona física que lleva a cabo el acto material o en su caso, omite el deber de actuar. En definitiva, es la persona que ejecuta el tipo penal, o lo intenta, es decir, que su delimitación se encuentra determinada por el tipo.

De lo expuesto se desprende que sólo el hombre puede ser imputable de un delito. En consecuencia los animales y las cosas pueden servir únicamente de instrumento ejecutivo del delito o ser objetos materiales del mismo, pero de ninguna manera ser objetos activos de él.

Se reitera que el sujeto activo del delito sólo puede ser una persona natural, que posea voluntad psicológica, en este sentido existe limitante a la hora de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas, ya que estas no actúan por voluntad propia sino que la delega en su representante legal, de lo contrario se les haría merecedoras de una eventual responsabilidad penal.

El Artículo 38 del Código Penal regula el delito cometido a través de personas jurídicas y establece lo siguiente: "Se tendrá como responsables de los delitos respectivos a directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas, que hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación no se hubiere realizado éste y serán sancionados con las mismas penas señalados en este Código para las personas individuales". Cabe hacer mención, que en este

artículo se hace únicamente alusión a quienes responden por los actos punibles de las personas jurídicas, no así a la propia persona jurídica.



El artículo relacionado tampoco aclara suficientemente la conexión que debe existir con la persona jurídica, ni la repercusión que en ella ha de tener la actuación de sus miembros directivos. Por consiguiente, en cuanto a las penas aplicables a las personas físicas que actúan en nombre de la persona jurídica son las mismas establecidas en los propios tipos, no existe una pena especial por actuar en representación de una entidad jurídica.

1.3.2 Pasivo

Es el sujeto titular del derecho o interés jurídicamente protegido por el Derecho Penal, o quien lo tiene en su custodia o protección. Constituye la víctima del delito. A diferencia de lo establecido respecto al sujeto activo, no hay inconveniente en considerar también sujeto pasivo del delito a la persona jurídica.

En consecuencia, Reyes Calderón define al sujeto pasivo como: "La persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente. Por lo general, se le denomina también víctima u ofendido, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo del delito".⁵ Establece este autor que el sujeto pasivo es la persona física o moral, sobre quien recae la acción u omisión realizada por el sujeto activo, y que se encuentra contenida en el tipo penal.

⁵ Reyes Calderón, **Ob. Cit**; pág. 52.



En cuanto al objeto del delito lo conforma la persona o cosa sobre la que incide la acción delictiva. En delitos que protegen bienes personalísimos el objeto material y el sujeto pasivo suelen coincidir. Pero en otros, como los delitos patrimoniales, el objeto material representa de alguna manera el bien jurídico que el Derecho Penal tutela, de tal forma que el sujeto pasivo se encuentra en relación con el objeto material afectado por el hecho.

Se ha de diferenciar entre el sujeto pasivo y el perjudicado o agraviado, por más que coincidan en la misma persona, si el primero es el titular del bien jurídico afectado, el segundo es el que resulta lesionado en sus intereses por la acción delictiva. De ahí que el Código Procesal Penal determina que existen agraviados directos o indirectos: así el Artículo 117 establece por una parte, que existen agraviados como la víctima afectada por la comisión del delito, y por otra parte, otros que aunque no reciben directamente la acción del delito, si la reciben indirectamente, siendo el caso del cónyuge, el conviviente, los padres y los hijos de la víctima.

1.4 Objetivos del delito

Básicamente, se encuentran dos, siendo los siguientes:

a) Jurídico

Esta constituido por el derecho, bien o interés jurídico, individual o colectivo, protegido por la ley y violado o puesto en peligro por el delincuente. En el Código Penal cada



título de la parte especial establece el bien jurídico de la tutela penal con respecto a las infracciones contenidas en él.

b) Material

Éste puede ser personal, animal o cosa sobre que recae la acción delictiva.

1.5 Elementos de la teoría del delito

De acuerdo a la doctrina, se dividen en elementos positivos y negativos. Entre los elementos positivos están la acción, la tipicidad, antijuricidad, y la culpabilidad, algunos autores agregan la punibilidad.

1.5.1 La acción

Constituye el primer elemento de la teoría del delito, y se circunscribe más que todo a conductas generales, donde se abarcan tanto los comportamientos activos como los omisivos. Significa que la pena tiene como referencia inicial una conducta humana que en determinado momento va dirigida a lesionar un bien jurídico o en su caso que se lleva a cabo sin esa dirección, pero sin el cuidado debido.

La conducta o acción en sentido amplio, es todo comportamiento derivado de la voluntad del hombre; la cual implica siempre finalidad; por ende, la acción conlleva el ejercicio de una voluntad final. En cuanto a la dirección final de la acción se realiza en



dos fases: una interna, que se desarrolla en la esfera del pensamiento, en donde el autor se impone la realización del fin, y selecciona los medios; y, otra externa u objetiva, en la que materializa la acción planificada en la fase interna.

Conforme a lo expuesto cuando en un comportamiento humano falta el componente de la voluntad no puede decirse que exista acción, por ejemplo en los casos de existencia de fuerza material irresistible o fuerza exterior como lo determina el Artículo 25 numeral 2 del Código Penal; en tales casos, falta la voluntad y en consecuencia, el sujeto que actúa violentado por fuerza material irresistible realiza una acción penal. Lo mismo ocurre con los casos de movimientos reflejos, que son ingobernables por la voluntad, y aquéllos otros que se realizan en estado de inconsciencia no deliberada.

La acción en su forma pasiva se traduce en la omisión, que se caracteriza porque el sujeto no actúa a pesar de que si estaba en la capacidad de actuar. Por ende, la acción y omisión cumplen en la teoría del delito la función de elementos básicos. Al respecto cabe aclarar que ello no implica la necesidad de que pertenezcan a la acción o a la omisión todos los elementos que luego van a ser considerados en el tipo de lo injusto.

Para apreciar la existencia de un delito ha de concurrir una acción o una omisión. Este primer elemento sirve de base sobre la cual se construye el resto del sistema delictual. Por ello, la definición que tiene decisivas implicaciones en el conjunto de la estructura del delito. La primera consecuencia es que fenómenos como el deseo, el pensamiento



o incluso una decisión de delinquir no ejecutada, constitutivos de acciones u omisiones, no pueden ser considerados como delitos por muy reprobables que nos parezcan.

En definitiva la acción, constituye un acto humano determinante de una modificación del mundo exterior tenida en cuenta por el legislador para describirla y sancionarla con una pena. Para ello debe cumplir, diversas condiciones, en primer lugar, ha de tratarse de un acto producto de la voluntad humana, sin que todavía, haya de atenderse al contenido de esa voluntad. Lo relevante para la acción es que se trate de un acto, cualquiera que sea su contenido, originado en el libre albedrío del sujeto, una manifestación de su voluntad consciente y espontánea. Para que se configure basta que el sujeto quiera su propio obrar, pero si el sujeto no esta consciente de sus actos por una u otra razón, este elemento queda excluido del delito cuando se ejerce sobre el sujeto activo directo y aparente una violencia insoportable (siendo el caso de la eximente de fuerza irresistible) o bien que encuentre inmerso en la inconsciencia.

La manifestación de voluntad debe exteriorizarse; ha de consistir en actos externos, positivos o negativos pues, de lo contrario es irrelevante para el Derecho Penal. En consecuencia, el concepto de acción es aplicable tanto a los delitos formales como a los materiales.

La acción debe producir un resultado en el mundo exterior, ya que lo que no trasciende puede entrar en el ámbito de la ética, pero nunca en el del derecho. No obstante, el



resultado no tiene por qué conducir siempre a una mutación material para que la acción se realice. Además, ha de existir una relación de causalidad entre esa manifestación de la voluntad del sujeto y el resultado.

1.5.1.1 Tipos de acción

a) La acción propiamente dicha o comisión. Es el supuesto normal, ya que el legislador describe la mayoría de las conductas con referencia al hacer positivo. En cuanto a su caracterización, y por lo que hace a la manifestación de voluntad, se presenta en forma de movimiento corporal, en un hacer algo; en lo que respecta al resultado consiste éste en una mutación del mundo exterior, y en cuanto a la naturaleza de la norma violada ésta es de naturaleza prohibitiva.

b) La omisión simple. Consiste en un no hacer algo. Se caracteriza en cuanto a la manifestación de voluntad, por presentarse como una abstención; en cuanto al resultado, por consistir éste en el mantenimiento de un estado de cosas, y en cuanto a la naturaleza de la norma violada, por ser de índole preceptiva. La omisión se refiere a deberes jurídicos de actuar consignados en la ley y no a deberes puramente morales. Modernamente, se estima que no existen delitos de omisión sin manifestación de voluntad, en los que la inacción no se produce por una directa determinación volitiva, sino por falta de la diligencia debida.

c) La comisión por omisión. Estriba en un no hacer alguna cosa, igual que el caso



anterior, pero se equiparan a los de resultado en que son causa de la producción de una mutación en el mundo exterior al no haber hecho el sujeto lo que de él se esperaba. Se caracterizan en cuanto a la manifestación de voluntad, por presentarse como una abstención; en cuanto al resultado, por consistir éste en una mutación de la realidad objetiva, y en lo relativo a la naturaleza de la norma violada, al quebrantarse una ley prohibitiva mediante la infracción de una previa ley preceptiva. Es preciso diferenciar los delitos de comisión por omisión de aquéllos otros que se cometen por comisión, pero eligiendo el sujeto un medio omisivo. La diferencia estriba en la previa infracción de la ley preceptiva que se produce en los primeros. El sujeto activo ha de ser aquél que con arreglo al ordenamiento jurídico, ya sea por ley, por obligación contractual o por deber o derecho público, está constituido en garante de que el resultado no se producirá.

1.5.2 La tipicidad

Constituye el segundo elemento de la teoría del delito y el Diccionario de la Real Academia Española lo define como: “Elemento constitutivo de delito, que consiste en la adecuación del hecho que se considera delictivo a la figura o tipo descrito por la ley”.⁶ Para el efecto se precisa que la tipicidad es un elemento del delito, que adecúa la acción u omisión delictiva a una figura legal previamente establecida.

Al respecto, cabe recordar que una vez el penalista ha constatado que el fenómeno

⁶ Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**, pág. 457.



objeto de análisis está comprendido en la categoría de las acciones u omisiones, para poder comprobar que se trata de un comportamiento doloso o imprudente penado por la ley.

La tipicidad constituye la especial característica de hallarse el hecho descrito en un tipo penal preestablecido. Es una consecuencia del principio de legalidad, regulado en el Artículo 1 del Código Penal, de tal manera, sólo los hechos descritos como delitos en la ley antes de su comisión pueden considerarse como tales. En relación con este principio se entiende que el siguiente carácter que ha de tener una conducta activa u omisiva para ser considerada como delito es la tipicidad. Por ende, la acción u omisión ha de encontrarse encuadrada en uno de los tipos de lo injusto recogidos en el Código Penal o las leyes penales especiales, por lo que han de confluir en ella los caracteres básicos que fundamentan lo injusto específico de ese delito.

Es un hecho que cada delito está conformado por una serie de elementos que lo caracterizan y deben concurrir necesariamente en un comportamiento para poder afirmar que tiene carácter delictivo. El caso es que, el comportamiento vulnera una norma, un mandato o una prohibición, según que la conducta que se quiera evitar sea una omisión o una acción. En este orden, se puede clasificar los diferentes tipos delictivos en de acción y de omisión, junto a ellos, cabe distinguir tipos dolosos e imprudentes, según que el sujeto actúe intencionalmente (dolo) o la realización del tipo sea consecuencia de la inobservancia del cuidado debido (imprudencia). La estructura de cada uno de ellos tiene sus propias características.



Se enfatiza que no todo fenómeno es acción u omisión y no toda acción u omisión es típica y para que una acción u omisión comprendida en un tipo de lo injusto pueda ser considerada delito todavía se tiene que comprobar que es antijurídica, es decir, contraria al derecho u ilícita.

Efectivamente, es posible que un comportamiento sea típico y sin embargo, que por sus especiales características se considere que no vulnera el ordenamiento jurídico. El tipo penal llega a ser entonces la abstracta descripción de la conducta, y tiene tres funciones principales: seleccionadora, garantista y motivadora.

La función seleccionadora del tipo, se refiere a que hay una selección del legislador de entre todas las conductas humanas, por medio de la cual determina finalmente como delitos aquéllas socialmente insoportables y vulneradoras de bienes jurídicamente tutelados por el orden jurídico.

La función de garantía, constituye el reflejo directo del principio de legalidad, expresa que sólo los comportamientos descritos como delitos en la ley respectiva pueden ser sancionados.

La función motivadora del tipo determina que mediante la amenaza de la sanción establecida en él, los sujetos se ven conminados o motivados a actuar de acuerdo al orden establecido.



a) El tipo penal

Este es un concepto jurídico producto de la interpretación de la ley penal. De tal forma que no es más que la descripción de la conducta prohibida por una norma, misma que debe ajustarse a un hecho concreto para que pueda ser considerado como típico.

Por otra parte, al tipo penal también se le denomina tipo de adecuación, y se distingue porque tienen dos componentes básicos: el aspecto objetivo, que se refiere a lo externo de la conducta, y el aspecto subjetivo, que alude al elemento psicológico del comportamiento. En lo concerniente al aspecto objetivo, se puede distinguir entre tipos de acción o simple actividad constituidos únicamente por un comportamiento; y tipos de resultado, en los que además forma parte de ellos un efecto separado de la conducta, el resultado, y la correspondiente relación de causalidad entre la acción y el resultado. Ese es el caso del resultado de muerte en el tipo contenido en el Artículo 123 del Código Penal.

b) Objeto del tipo

Desde su función de garantía, persigue plasmar el principio de legalidad penal. Su función es la de precisar con exactitud el ámbito de las actuaciones punibles penalmente, con el fin de garantizar la seguridad jurídica de la población y en consecuencia, su libertad.



Pretende motivar a las personas para que eviten realizar acciones que puedan lesionar bienes jurídicos. Además, cumplen una importante función de motivación que presupone la función de garantía, pues sólo se puede motivar si la persona sabe con certeza lo que esta prohibido.

El legislador al establecer un tipo penal pretende orientar la conducta de las personas. La norma penal persigue desencadenar procesos psicológicos que induzcan a las personas abstenerse de realizar determinadas conductas que pueden lesionar bienes jurídicos valiosos para la colectividad.

En cuanto al aspecto subjetivo del tipo, se puede distinguir entre tipos dolosos e imprudentes (culposos), contenidos en los Artículos 11 y 12 del Código Penal. De los primeros, forma parte la voluntad consciente del sujeto encaminada a realizar el comportamiento delictivo. En los segundos, no existe tal voluntad, y en su lugar se exige que el sujeto actúe de forma descuidada, sin tener en cuenta el peligro que se deriva de su comportamiento. En ocasiones en los delitos dolosos se exigen otros elementos subjetivos además del dolo que se denominan elementos subjetivos de tipo.

1.5.3 La antijuridicidad

Constituye el tercer elemento de la teoría del delito, y se afirma que toda acción es antijurídica cuando no ha sido ejecutada bajo el amparo de una causa de justificación, es decir se le entiende como una relación de contradicción con el orden jurídico. Esta



contradicción ya se ha dado, aún de modo provisional, en cuanto se comprueba la realización del tipo. Sin embargo, algunas acciones en principio contrarias al orden jurídico pueden en determinados casos considerarse finalmente lícitas; ello sucede cuando procede la aplicación de una causa de justificación, la cual convierte en ilícita una conducta que sin tal causa, sería antijurídica.

Las causas de justificación contenidas en el Artículo 24 del Código Penal, permiten excepcionalmente la infracción de los mandatos o prohibiciones contenidos en los tipos, cuando concurren circunstancias que el legislador considera más importantes, que afectan la protección del bien jurídico protegido en el tipo.

Dentro de las causas de justificación contenidas en el Código Penal se encuentran la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio legítimo de un derecho. El fundamento de la primera, reside en la necesidad en que se puede encontrar un individuo para defender de inmediato sus bienes jurídicos, unido al hecho de que ellos están siendo agredidos a través de una acción que es injusta y que por ello, no tiene porque tolerar. El legislador ha previsto para estos casos un precepto permisivo que autoriza realizar el tipo delictivo que sea preciso para neutralizar la agresión ilegítima. El estado de necesidad legitima un comportamiento típico, así lo determina el Artículo 24 numeral 2 del Código Penal, al indicar que ésta se suscita cuando se comete un hecho en principio delictivo obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por el voluntariamente ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro. En este caso, existe un conflicto de

intereses, en la que el peligro actual e inminente para legítimos intereses ~~únicamente~~ puede ser conjurado mediante la lesión de otros intereses o bienes jurídicos.



El legítimo ejercicio de un derecho, alude al cumplimiento de un deber jurídico o al ejercicio de un derecho concretamente establecido, que posibilita convertir la conducta típica, desarrollada a través de su ejercicio, en una conducta lícita.

Cuando no concurre ninguna causa de justificación, la conducta típica, es antijurídica, contraria al derecho. Por ejemplo, un sujeto que dispara sobre otro con intención de causarle la muerte y en efecto lo mata, esta realizando el tipo de lo injusto del delito de homicidio doloso, lo cual implica que su conducta sea típica. Ahora bien, si se dan los requisitos de la legítima defensa, su acción, aunque sea típica, no podría ser considerada antijurídica y sería completamente lícita. Si sólo concurren algunos de los elementos que configuran una causa de justificación, no se excluye la antijuridicidad, pero se produce una atenuación de la posible pena.

La antijuridicidad como tal, se puede dividir en formal y material, en la primera se viola la norma prohibitiva o preceptiva por el comportamiento, la misma se encuentra contenida en la norma que regula “no matar” del Artículo 123 del Código Penal. La segunda, es decir la material, comprende únicamente el carácter dañino del acto, materializado en la lesión o en la puesta en peligro de un bien jurídico.



1.5.4 La culpabilidad

Se circunscribe a la concreta persona que ha llevado a cabo la acción u omisión típica y antijurídica y a las circunstancias en las que tal comisión se ha desarrollado.

Es un hecho, que quien actúa en forma antijurídica realiza un comportamiento típico, lesivo de un bien jurídico penalmente previamente protegido, sin que pueda ampararse en una causa de justificación que haga su conducta finalmente ilícita. La culpabilidad aporta un elemento más, en cuya virtud la sociedad realiza un juicio de reproche a quien ha tenido un comportamiento antijurídico, siendo que ha estado en condiciones de actuar lícitamente, tal como le prescribe el derecho. El juicio de reproche se fundamenta en que se ha tenido la posibilidad de escoger o, si se quiere formular de otro modo, de ser motivado por la norma de abstenerse del comportamiento delictivo.

No obstante, el fundamento de este juicio de reprochabilidad es objeto de discusión. Sin embargo, se puede decir que la opinión mayoritaria lo sitúa en la capacidad del sujeto de comprender la ilicitud de su conducta y actuar conforme a dicha comprensión. En otras palabras, el autor de la acción u omisión típica y antijurídica podía, en la situación en que se encontraba, entender que su conducta era contraria al derecho y actuar de modo distinto, atendiendo a las exigencias del ordenamiento jurídico. Si el sujeto no tiene dicha posibilidad de actuar distinto, no puede ser declarado culpable y, pese a la ilicitud de su conducta, a pesar de su antijuridicidad, no



se le puede aplicar pena alguna.

Para que una persona sea declarada culpable debe cumplir con los siguientes requisitos: a) Imputabilidad o capacidad de culpabilidad, que consiste en tener madurez física y psíquica para poder determinarse conforme lo indica la ley penal, lo que se encuentra normalmente en personas mayores de edad y mentalmente sanas. b) Conocimiento de la antijuricidad, en el sentido que el individuo debe conocer, el contenido de las prohibiciones que se encuentran en la ley, pues nadie puede alegar ignorancia de la ley, tal y como lo establece el Artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial. c) Exigibilidad de obediencia al derecho, que supone que el comportamiento antijurídico se realiza en condiciones normales, ya que hay ciertas situaciones excepcionales en las que el sujeto, aún siendo imputable y conociendo la prohibición, no se le puede exigir que obedezca las normas.

Por otra parte, el Código Penal determina que conforme los elementos de la culpabilidad señalados, ciertas causas de exención de la responsabilidad cuando no concurren algunos de estos elementos, deben llamarse causas de inculpabilidad.

1.5.5 La punibilidad

Se configura como el último elemento que ha de cumplirse para poder afirmar que se ha dado el delito. Con ella se asegura que no concurren razones de oportunidad o conveniencia favorables a no imponer la pena, aún cuando ya se esté ante un



comportamiento típico, antijurídico y culpable. En efecto, en ocasiones existen argumentos políticos - criminales que aconsejan prescindir de la pena, y así lo prevé el legislador. En este caso se encuentra por ejemplo, la exención de responsabilidad penal de que gozan determinadas personas en razón del parentesco existente, contenido en el Artículo 280 del Código Penal, respecto a ciertos delitos cometidos contra la propiedad de otros parientes.

La concurrencia parcial, si falta el elemento esencial de la eximente, la degrada a atenuante y la de determinadas concausas que afecten a la antijuridicidad, a la culpabilidad o, incluso a la propia punibilidad puede producir la agravación o atenuación de la responsabilidad del sujeto activo.

1.6 Formas de la culpabilidad

Dentro de estas se encuentran las siguientes:

1.6.1 El dolo

El autor Reyes Calderón precisa que: “Es la determinación o dirección consciente de la voluntad a causar un hecho tenido en la ley como delito”.⁷ Esta definición establece que el dolo no es más que la determinación consciente de la voluntad humana de causar un delito previamente establecido en el tipo penal.

⁷ Reyes Calderón, **Ob. Cit**; pág. 63.



Es la consciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito; como producción de un resultado típico y antijurídico con conocimiento y representación de mismo. Actúa, pues dolosamente el sujeto que sabe lo que hace y quiere hacerlo.

Dolo equivale a intención, por lo cual actúa dolosamente quien comete un delito con conocimiento de lo que hace y voluntad de hacerlo. De lo anterior se desprende que los elementos del dolo son dos: el intelectual y el volitivo. Han de concurrir ambos, pues si falta uno de ellos no puede configurarse el dolo.

a) Elemento intelectual: Es la representación mental o previsión del resultado, es anterior al elemento volitivo, se determina por el conocimiento del hecho que se va a realizar o su representación. Es suficiente, que el sujeto conozca que el acto que pretende realizar está prohibido por la ley, no siendo necesario saber cuál es la figura concreta de delito que se va a cometer; ni tampoco el artículo de la ley donde se fundamenta o la pena que lleva consigo la ejecución. Lo importante es que el sujeto conozca que su conducta es contraria al derecho y que en determinado momento lesionará un bien jurídico o por lo menos lo pondrá en peligro. Cuando el sujeto actúa considerando que su comportamiento es correcto no obra dolosamente, como sucede con el sujeto que toma una cosa pensando que es propia o se encuentra una cosa perdida creyendo que está abandonada; en estos casos el comportamiento es conforme a derecho, no existe delito.

Se reitera que la previsión del resultado, sin voluntad de cometerlo, no alcanza a



configurar el dolo, pero la previsión sin la voluntad o el querer puede eventualmente crear la culpa, cuando la conducta estuviese asociada a la imprudencia pero en modo alguno basta para originar el dolo.

b) Elemento volitivo: Constituye la segunda etapa de la conducta dolosa, manifestada en la intención de realizarla. No importa cuál sea el móvil que impulsa al sujeto a cometer el delito; lo único que realmente cuenta es el deseo de ejecutar los hechos. El motivo que le impulsa a la realización de los mismos puede servir para agravar o atenuar la pena, pero no es un elemento esencial del dolo.

De tal manera, que este elemento implica que el conocimiento o elemento intelectual ha de aparecer como el contenido de la voluntad de la persona para que exista dolo. No se trata, por tanto de desear que acaezca el resultado, sino querer, por medio de la acción delictiva, causar el resultado antijurídico previsto en el tipo.

1.6.2 Clases de dolo

Comúnmente se distinguen tres formas de dolo:

- a) La intención, propósito o dolo directo de primer grado;
- b) El dolo directo de consecuencias necesarias o dolo directo de segundo grado; y,
- c) El dolo eventual.



La legislación guatemalteca contiene estas tres modalidades, aún cuando el Artículo 11 del Código Penal se alude expresamente y únicamente a dos de ellas: el dolo directo de segundo grado, cuando el resultado ha sido previsto, y el dolo eventual que se refiere a que sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.

1.6.2.1 Dolo directo de primer grado

Se le denomina también intencional y determinado. Es la forma de dolo en que el elemento volitivo se presenta de modo más intenso. Consiste en la intención o propósito de realizar la conducta típica. Existe cuando es la finalidad específica del autor, y dirige su acción a realizar el tipo penal. Por ejemplo, el autor quiere matar a otro utilizando veneno.

Si bien no se encuentra expresamente contemplado en el Artículo 10 del Código Penal, se deriva directamente de todos aquéllos tipos que expresan la necesidad de actuar de propósito, con el objeto, a sabiendas, con malicia, etcétera.

La distinción y determinación conceptual exactas de las tres formas de dolo es importante porque el legislador no siempre castiga cualquier actuación dolosa sino que restringe la punición de determinadas modalidades de dolo. Así, exige una determinada intención o propósito, siendo el caso del delito de lesiones específicas o en el delito de genocidio, o bien utiliza expresiones que se podrían considerar



equivalentes, tales como "con el fin de defraudar"; o introduce determinados términos como "a sabiendas" que se menciona en el prevaricato o actuar de mala fe. caracteriza porque el sujeto quiere directamente la producción del resultado.

Cabe aclarar que intención no es igual a motivo o finalidad última del sujeto, sino que la intención típica concurre aún cuando el resultado perseguido sirva para la consecución de ulteriores fines de otra índole. Por ejemplo, existirá ánimo típico del delito de genocidio cuando se pretenda matar a miembros de un grupo étnico o religioso, aún cuando el motivo de los autores sea, por ejemplo, una acción de represalia contra la población por pertenecer a un grupo insurgente.

Por otro lado, la doctrina dominante considera con razón que si el propósito que persigue el autor es realizar un determinado tipo, no obsta a la apreciación del dolo directo de primer grado el que no sea seguro, sino sólo posible y por tanto, incierto que se vaya a producir el resultado o el hecho típico.

1.6.2.2 Dolo directo de segundo grado

Este supone que la intención o propósito que persigue el sujeto no es la realización del tipo, sino la consecución de otro objetivo, pero sabe que a tal acción encaminada a otro fin va unida necesariamente y con toda seguridad la realización de un tipo delictivo, cuya producción, por tanto aunque no le guste, lo acepta, pues no está dispuesto a renunciar al fin inicialmente perseguido. En consecuencia, el dolo abarca



esa conducta delictiva cuya realización no es intencionada, pero de cuya producción e
conurrencia con seguridad se percata el sujeto, ocasionándola en forma consciente

Por ejemplo, un terrorista, para matar a un diputado, coloca una bomba, que alcanzará inevitablemente a otras personas que están en el lugar. En este caso existe un dolo directo de primer grado en cuanto al diputado, pero existirá un dolo directo de segundo grado con respecto a la muerte de los otros sujetos, que el autor tenía ya contemplado en su plan. En efecto, en el ejemplo mencionado el autor puede no estar seguro que la bomba colocada por él explotará, pero parte con la idea de una muerte segura de los sujetos que se encuentren en el lugar en el caso de que eso suceda.

Se puntualiza que el dolo directo de segundo grado representa querer la realización del tipo, aún cuando el resultado sea desagradable para el sujeto.

Un problema a dilucidar es establecer cuales son las consecuencias prácticas de diferenciar el dolo directo de primer grado del dolo directo de segundo grado. Por lo general es una distinción irrelevante, pues la mayoría de los tipos dolosos de la parte especial, tanto de los que requieren el dolo implícitamente como los que exigen expresamente realización consciente o a sabiendas, admiten ambas formas. Además, debe tenerse en cuenta que el dolo de primer grado representa siempre el mayor grado de disvalor de la acción y esto, incluso si no se recoge expresamente en el tipo de lo injusto, ha de verse reflejado al momento de la imposición de la pena.

Asimismo, el dolo directo de segundo grado no basta cuando la ley exige el propósito para restringir la tipicidad o reforzar la protección del bien jurídico.



1.6.2.3 Dolo eventual

El tratadista Reyes Calderón establece al respecto que se suscita cuando: "En el caso de que la previsión de un resultado antijurídico, ligado sólo eventualmente a otros inequívocamente querido no detiene al agente en la realización de su propósito inicial".⁸ Esta definición establece que el sujeto que realiza o lleva a cabo un delito, lo realiza independientemente de afectar a otros sujetos, no le interesa si los afecta o no, por ello no se detiene a abstenerse de realizar la acción.

En otros términos, existe cuando el autor no persigue o pretende directamente realizar el hecho típico y por otra parte, sabe que no es seguro, sino meramente posible, pero que si consigue el objetivo pretendido, su conducta produzca el hecho típico. Por ello establecer la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente o con representación resulta sumamente importante en el Derecho Penal, pues de eso depende que se pueda establecer si la conducta es punible o no en todos aquéllos supuestos en donde la realización imprudente de la conducta no está expresamente tipificada. Inclusive cuando la conducta esté expresamente tipificada, dadas las diferencias en el disvalor de la acción, el marco penal de los delitos dolosos será superior siempre al del delito imprudente.

⁸ Reyes Calderón, **Ob. Cit**; pág. 64.



Cabe recordar, que en el dolo directo el resultado es querido y buscado por el sujeto.
En el dolo eventual, por el contrario, el sujeto no busca en forma directa el resultado, pero lo acepta como posible si se llega a producir.

1.7 Desarrollo del delito

Todo delito tiene un desarrollo, al producirse pasa por diversas fases o etapas cuya importancia radica en la penalidad que puede variar o no existir.

1.7.1 El iter criminis

Al conjunto de actos internos y externos que constituyen la acción o la omisión tiene una secuencia que se denomina "iter criminis", en doctrina se le conoce como la vida del delito. Pero, no todo ese camino interno y externo puede ser sancionado penalmente, en atención a la seguridad jurídica, por ejemplo, se presenta una actitud interna encaminada a realizar el delito, no puede estarse seguro de que éste efectivamente se vaya a realizar, de ahí que no se sancione ella si no se acompaña de actos externos, y en lo que se refiere a actos de preparación externa del delito, éstos pueden equivocarse con actividades que no son delictivas, por lo que se sancionan únicamente determinados actos preparatorios. Para hablar de tipicidad, se requiere de cierto grado de desarrollo del comportamiento: el comienzo de la ejecución del hecho mediante actos exteriores idóneos.



De tal manera, que el delito al originarse en la mente de su autor, hasta su ejecución completa, conlleva distintas etapas o grados, conocidos en su integridad como iter criminis, es decir la vida del delito, que constituyen los distintos niveles de realización que alcanza la voluntad del sujeto.

El primer nivel abarca la fase interna, en la que el hecho se concibe en la mente del autor, y comprende dentro de si la tentación criminal, la deliberación sobre los motivos de la realización del hecho y la resolución en relación con la realización o no del hecho.

El segundo nivel o grado, se refiere a la fase externa, que inicia con los actos preparatorios, objetivamente hablando, a los que siguen los actos de ejecución y la consumación del hecho, la cual se aclara al haberse realizado plenamente el tipo penal.

a) Fase interna

Es la que se produce dentro de la mente del sujeto activo, cuando concibe la idea de cometer un hecho y elabora el plan para cometerlo. Conforme a la fase interna, rige el principio que nadie puede ser penado por el mero pensamiento. Se fundamenta, ante todo, en que los fines de control social del derecho penal no legitiman a éste para extender su actuación hasta las actitudes internas, sin trascendencia de los sujetos; en segundo lugar, por lo difícilmente captables que sean estos actos internos, los



procedimientos para su prueba son prácticamente imposibles; en tercer lugar, en consideración de que no muestra la misma energía criminal lo que simplemente se piensa, a lo que se plasma finalmente en actos. Doctrinariamente abarca las etapas de ideación, deliberación, y resolución.

b) Fase externa

Esta surge al terminar la resolución de la fase interna, y se desarrolla bajo las siguientes etapas, siendo las siguientes:

- ◆ La preparación del delito

Dentro de su fase externa suelen distinguirse los actos preparatorios y los actos de ejecución. A veces los preparatorios suelen colocarse como fase intermedia entre los actos internos y los actos de ejecución.

Desde la época de la escuela clásica se sigue la doctrina de la impunidad de los actos preparatorios, salvo casos excepcionales. Se alude a que los actos preparatorios no demuestran concretamente la clase de hecho a que se dirigen, pudiendo dar lugar a equívocos respecto a su autentica naturaleza, además que no llegan a lesionar más que potencialmente los bienes jurídicos. Se han esgrimido también razones de política criminal, tales como que si el sujeto sabe que incurre en responsabilidad aunque



desista tras haber realizado actos preparatorios, no le compensaría desistir de su acción.

De acuerdo al Código Penal los actos preparatorios son, en general, impunes, salvo que revistan una de las formas específicas de acto preparatorio punible previstas de modo general en la ley, concretamente en el Artículo 17, y siempre que esté prevista tal punición en el delito correspondiente. Tales actos preparatorios punibles son la conspiración, la proposición, la provocación, la instigación y la inducción.

En resumen, los actos preparatorios son aquéllos que realiza el sujeto con el propósito directo de cometer el delito, es decir, actos que por sí solos pueden no ser antijurídicos y en consecuencia, no revelan la intención delictuosa, a menos que por sí solos constituyan delitos.

- Conspiración

Existe conspiración cuando dos o mas personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo; además, tal conducta sólo es punible en caso que la ley lo determine expresamente. Todo ello en función del Artículo 3 de la Ley contra la Delincuencia Organizada y el Artículo 17 del Código Penal. Entre los supuestos mencionados por la ley cabe mencionar el Artículo 386, concerniente a la conspiración para cometer el delito de rebelión.



Doctrinariamente la conspiración se puede concebir de dos maneras, como autoría anticipada, en este caso requiere que los conspiradores resuelvan participar ellos mismos como autores o bien sin que el conspirador resuelva participar como coautor, bastando con que influya decisivamente en la adopción de la resolución de que se ejecute el delito, aunque sea por parte de otro u otros. En efecto, la ley guatemalteca se ajusta a la tesis de la autoría anticipada, es decir, que los conspiradores deben ser los mismos autores, lo cual se deduce de la redacción legal "resuelven ejecutar".

Pero no siempre, se deriva que todos los conspiradores resuelvan llevar a cabo actos ejecutivos, cabe también el caso en que se asignan, de acuerdo con el plan delictivo, conductas de mera participación.

- Proposición

El Artículo 17 del Código Penal, establece en el segundo párrafo que hay proposición: "Cuando el que ha resuelto cometer un delito, invita a otra u otras personas a ejecutarlo". Se aprecia entonces que el Código Penal contempla la proposición como una forma de resolución criminal de carácter individual, a diferencia de la conspiración que es de carácter colectivo. Cabe mencionar el Artículo 377, correspondiente a la proposición para realizar el delito de genocidio.



- Provocación, instigación e inducción

El Código Penal en este caso se limita a señalar que es de aplicación el Artículo 17, es decir sólo son punibles en los casos en que la ley expresamente lo determina.

El concepto de provocación, si quiere ser delimitado adecuadamente de la inducción del Artículo 36 numeral dos y del supuesto de complicidad del Artículo 37 numeral uno del Código Penal, debe entenderse referido a animar a cometer delitos o cierto tipo de delitos a personas indeterminadas, a diferencia de la inducción del Artículo 36 numeral uno, que va referida a la creación de la resolución de cometer un delito concreto por una persona determinada, y de la complicidad del Artículo 37 numeral uno, que incide sobre personas determinadas que han resuelto cometer cierto delito, confirmándoles en su decisión.

La instigación parece ir referida a la incitación pública a cometer delitos determinados, como se deduce de su empleo contenido en los Artículos 365, 377 y 394 del Código Penal.

Por último, la inducción aludida en el Artículo 17 no puede ser distinta de aquélla a la que se alude en el Artículo 36 numeral uno, ambos del Código Penal, como forma de participación, si bien en el Artículo 17 se refiere a aquéllos tipos autónomos de inducción dispersos por el Código Penal, como lo son los de inducción al suicidio del Artículo 128, inducción al abandono de hogar del Artículo 212 e inducción al uso de



estupefacientes del Artículo 310. En ellos la conducta de inducción constituye comportamiento de autoría en cuanto que esta integrada en un delito autónomo.

Seria en extremo conveniente que una futura legislación diferenciara más claramente entre todos estos conceptos.

♦ La ejecución del delito

En cuanto a los actos de ejecución del delito inician cuando se materializan externamente los actos directamente encaminados a su consumación, es decir, cuando se inicia la realización de los elementos de la conducta descrita en el tipo.

Sin embargo, en la práctica sucede que en la mayoría de veces el delincuente realiza actividades encaminadas a la consecución de sus fines, a través de actos típicos idóneos, pero no logra su meta, por causas ajenas al mismo. De esta forma, se tiene una variedad de la ejecución del delito que es la tentativa, distinta de la consumación.

- Tentativa

El Artículo 14 del Código Penal preceptúa lo siguiente: "Hay tentativa cuando con el fin de cometer el delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente". La tentativa, conlleva todos los elementos de la ejecución, pero de alguna forma por causas ajenas al sujeto,



no se materializa.

En consecuencia, el concepto legal de tentativa se extiende a todo el proceso de ejecución del delito previo a la consumación.

Teniendo en cuenta la doble configuración, objetiva y subjetiva, de los tipos, elementos objetivos del tipo de la tentativa constituye el inicio de la ejecución y la ejecución parcial o total de la conducta típica. A su vez, el elemento subjetivo lo va a constituir el dolo o resolución delictiva.

El aspecto subjetivo de la tentativa se encuentra en el dolo respecto a la realización de los elementos objetivos del tipo. Se necesita que el sujeto quiera realizar los actos constitutivos del hecho, lo cual se aprecia en la declaración legal al referirse a "con el fin de cometer un delito". De lo anterior se evidencia que los tipos culposos no pueden admitir tentativa, pues solamente la habrá si existe finalidad de cometer un delito.

◆ Principios de ejecución del delito

Para explicar el inicio de la ejecución es conveniente realizar una aproximación objetiva que parte de la necesidad de acudir a un criterio material que permita delimitar objetivamente el comienzo de aquél campo previo a la consumación que permite hablar ya de comienzo de la acción típica en sentido amplio.



Existe un primer criterio objetivo, que establece que son ejecutivos los actos que hallan de tal forma unidos a la acción típica que según la concepción natural aparecen como parte suya. Sin embargo, la concepción natural es muy amplia y no concreta cuando se da unión de los actos a la acción típica.

◆ Ejecución parcial o total de la conducta típica

El segundo elemento objetivo se refiere a que si el intento es acabado o inacabado, es decir, a que si el intento ha realizado en su totalidad los elementos de la acción típica, o sólo parcialmente.

Conforme los conceptos de tentativa acabada e inacabada, en la primera se concibe como frustración, o sea aquélla en que el sujeto realiza la totalidad de la conducta típica, pero no se produce el resultado típico. La tentativa inacabada es la que tiene lugar cuando el sujeto interrumpe la realización de la conducta típica.

La distinción entre la tentativa que supone la ejecución completa de la conducta típica y la que sólo supone una ejecución parcial, es importante, ya que puede servir de base para la determinación de la pena. Sin embargo, en el derecho guatemalteco esta distinción no está recogida.



◆ El desistimiento voluntario

El Artículo 16 del Código Penal contempla expresamente el supuesto en el que se ha comenzado la ejecución de un delito y el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos necesarios para consumarlo.

De lo expuesto se desprende, que se trata de un desistimiento referido a una tentativa inacabada, pues trata de abstenerse de realizar voluntariamente los actos consecutivos a los que ha comenzado a realizar y sin cuya consecuencia no se daría la consumación. Y es que las formas del desistimiento son distintas según si la tentativa es acabada o inacabada. En la tentativa inacabada basta que suspenda la ejecución de los actos restantes, en la acabada debe ejecutar un acto que impida que la ejecución ya completa produzca el resultado. El Código Penal, sin embargo, aún no admite el desistimiento en la tentativa acabada por ser todavía una etapa en la que el hecho no se ha consumado.

La sanción, como se establece en el Artículo 16, alcanza únicamente a los actos ejecutados si estos constituyen delito por si mismos.

El problema se plantea con la determinación de la voluntariedad del desistimiento. A tal efecto, la teoría psicológica, explica que será voluntario si el sujeto no quiere alcanzar la consumación aunque pueda lograrla, y es involuntario si no quiere porque no puede realizarlo, por el contrario, las teorías valorativas expresan que la



voluntariedad del desistimiento sólo será estimable si obedece a un motivo susceptible de una valoración ética positiva. El Código Penal guatemalteco, pareciera que se sigue una teoría psicológica.

◆ Delito imposible o tentativa inidónea

En estos casos sucede que los medios utilizados para la ejecución del delito, o los sujetos u objetos a los que se dirige la acción, hacen imposible su consumación. El Código Penal, lo regula en el Artículo 15, al mencionar que tanto la imposibilidad de los medios como del objeto exige que la consumación resulte absolutamente imposible, con lo que se introduce la distinción entre delito absoluta o relativamente imposible, de forma que sólo en el primer supuesto es claro el concepto legal.

Un delito es absolutamente imposible cuando en cualesquiera circunstancias, dado el medio o el objeto escogidos, resulta imposible que se produzca la consumación.

El delito es relativamente imposible, si dadas las circunstancias del caso concreto, se sabe de antemano que no se ha de producir la consumación con esos medios o respecto a ese objeto, pero no se puede excluir que esos mismos medios u objeto fueran los adecuados en otras circunstancias a realizar de un delito imposible no queda sin reacción penal, pero ésta no es una pena sino, como prevé el Artículo 15, una medida de seguridad que atiende a la peligrosidad de quien propiamente ha querido cometer el delito.



◆ La consumación

Todos los tipos penales se refieren al delito en su forma consumada, de tal suerte, se puede decir que la consumación se configura cuando se realizan todos los elementos del tipo penal. Así, por ejemplo, en el delito doloso de homicidio concurre cuando se cumple el tipo objetivo es decir, la acción de matar a una persona y su correspondiente resultado de muerte. Y el tipo subjetivo que se refiere al querer esa muerte, sabiendo que la acción que se realiza puede producirla. Con lo anterior se expresa un concepto formal de consumación, la denominada consumación típica, que es la que contempla el Artículo 13 del Código Penal. En los delitos de resultado, la consumación se produce en el momento en que se produce el resultado típico; en el homicidio, cuando acaece la muerte del sujeto pasivo. En los delitos de peligro, ésta se produce en el momento en que se pone en peligro el bien jurídico; en el delito de responsabilidad de conductores, contenido en el Artículo 157 del Código Penal se establece que quien condujere un vehículo con temeridad manifiesta poniendo en peligro la vida de las personas.

Existe la consumación material del hecho, o agotamiento del delito, cuando el autor, además de haber realizado todos los elementos del tipo, consigue satisfacer el objetivo pretendido, y por el cual realiza el hecho.

En resumen, la teoría del delito constituye un procedimiento ordenado y lógico, que sirve para establecer la responsabilidad penal de una persona, a la que se le imputa la



comisión de un hecho delictivo. Dentro de la teoría del delito, se estudia al delito, siendo que éste se define como una acción u omisión, típica, antijurídica y culpable. Para el efecto el Código Penal clasifica a los delitos, como delitos y faltas atendiendo a la relevancia de la comisión; asimismo cabe recordar que el delito tiene un desarrollo, o vida, que denomina vida del delito.



CAPÍTULO II

2. La administración pública

Es el conjunto de órganos administrativos estatales que prestan un servicio público.

2.1 Definición

Doctrinariamente existen diversas definiciones de la administración pública y dentro de otras se encuentran las que a continuación se detallan.

El diccionario de la Real Academia Española precisa: “Es la organización ordenada a la gestión de los servicios y a la ejecución de las leyes en una esfera política determinada, con independencia del poder legislativo y el poder judicial. También se define como el conjunto de organismos encargados de cumplir esta función”.⁹ Como lo establece la definición es una organización ordenada orientada al servicio y a la ejecución de leyes de índole administrativa independientemente de los demás poderes del estado, el legislativo y el judicial.

El tratadista Cabanellas de Torres, precisa que: “Es el poder ejecutivo en acción, con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos. La administración puede ser nacional, provincial o municipal, de

⁹ Real Academia Española, **Ob. Cit**; pág. 46.



acuerdo con la esfera territorial de sus atribuciones”.¹⁰ Esta definición determina que la administración no es más que el mismo poder ejecutivo cuyo fin constituye ejecutar lo que le interesa a la sociedad en cuanto a actividades y servicios, y sus atribuciones puede estar orientadas en forma general o bien específica.

El autor Castillo González al efecto precisa que: “Es la actividad al servicio de los guatemaltecos que basándose en las funciones administrativas, procura con efectividad, la realización del bien común o interés público”.¹¹ Se establece que la administración es la actividad orientada al servicio de la población, que por medio de las funciones administrativas procura ser efectiva en cuanto a la realización del bien común.

El licenciado Calderón Morales manifiesta al respecto lo siguiente: “Es el conjunto de órganos administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin (bienestar general), a través de los servicios públicos (que es el medio de que dispone la Administración Pública para lograr el bienestar general), regulada en su estructura y funcionamiento, normalmente por el Derecho Administrativo”.¹² Una definición más moderna establece que es el conjunto de órganos administrativos que desempeñan una actividad para el logro del bien común, y es por medio de los servicios públicos delimitados en su estructura y funcionamiento que se logra ese bien común.

¹⁰ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, pág. 27.

¹¹ Castillo González, Jorge Mario. **Derecho administrativo guatemalteco**, tomo I, pág. 38.

¹² Calderón Morales, Hugo H. **Derecho administrativo I**, pág. 10.



2.2 Finalidad

La administración pública tiene como finalidad básica el bien común o bienestar general de toda la población, finalidad que tiene como fundamento el Artículo 1º de la Constitución Política de la República de Guatemala que para el efecto preceptúa: “El Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia, y su fin supremo es el Bien Común”. Significa que como establece la Constitución Política de la República de Guatemala, la finalidad del Estado lo constituye el bien común, quien lo realiza por intermedio de la administración pública.

2.3 Regulación legal

La administración pública se regula por el siguiente ordenamiento legal:

- a) Constitución Política de la República de Guatemala
- b) Ley de Servicio Civil
- c) Ley del Organismo Ejecutivo
- d) Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos
- e) Leyes complementarias.

La administración pública para cumplir su fin se auxilia de la normativa administrativa relacionada, éstas contienen prohibiciones de orden administrativo, no obstante son incumplidas, por carecer de fuerza coercitiva.



2.4 Funcionarios públicos

Son aquellas personas que laboran en dependencias estatales, regularmente ejercen funciones de mando o dirección dentro de la administración pública.

2.4.1 Definición

Existen diversas definiciones siendo las más importantes las siguientes:

La enciclopedia Multimedia precisa lo siguiente: "Persona incorporada a la Administración Pública por los medios previstos legalmente y que presta en ella servicios profesionales retribuidos".¹³ Establece esta definición, que los funcionarios públicos, son todas aquellas personas que se incorporan a la administración pública, y cumplen una función pública remunerada.

El diccionario Espasa determina que: "Son aquellas personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo".¹⁴ Conforme esta definición, el derecho administrativo regula los servicios prestados por los funcionarios públicos, así como su remuneración.

El licenciado Godínez Bolaños para el efecto manifiesta que: "Es el que ostenta un puesto superior en la administración del Estado, por elección o nombramiento,

¹³ Gran Enciclopedia Multimedia Interactiva. Pág. 59.

¹⁴ Diccionario Espasa y Calpe. S.A., pág. 75.



realizando una distinción entre éste y el llamado burócrata, empleado o trabajador público, quien realiza sus funciones bajo la supervisión del primero”.¹⁵ El funcionario público es la persona que ocupa un cargo de mayor jerarquía dentro de la administración pública, ya sea por elección o por nombramiento, el cual supervisa las funciones desempeñadas por los empleados o trabajadores públicos.

La licenciada Porras Rodríguez lo define así: “Es el que por disposición inmediata de la ley o por elección popular, o por nombramiento de autoridad competente, ejerce funciones públicas derivadas de su carácter oficial”.¹⁶ Es la persona que por mandato legal o bien por elección o nombramiento respectivo, desarrolla funciones públicas.

El Artículo 1 del Reglamento de la Ley de Servicio Civil precisa que: “Es la persona individual que ocupa un cargo o puesto, en virtud de elección popular o nombramiento conforme a las leyes correspondientes, por el cual ejerce mando, autoridad, competencia legal y representación de carácter oficial de la dependencia o entidad estatal correspondiente”. Es la persona que tiene una alta jerarquía dentro de una entidad pública por elección o nombramiento y desempeña funciones de mando o de autoridad y sobre todo se le delega la representación de la institución que preside.

¹⁵ Godínez Bolaños, Rafael. **La relación funcional**, pág. 1.
¹⁶ Porras Rodríguez, Lydia Stella. **Hacienda pública**, pág. 24.



2.4.2 Regulación legal

a) Constitución Política de la República de Guatemala

Determina que los funcionarios públicos como los demás empleados de la administración pública son trabajadores del Estado y están al servicio de la administración pública y nunca de partido político, grupo, organización o persona alguna, de tal forma que las relaciones del Estado y sus entidades descentralizadas o autónomas con sus trabajadores se rigen por la Ley de Servicio Civil, con excepción de aquéllas que se rigen por leyes o disposiciones propias de dichas entidades, así lo determinan los Artículos 107 y 108.

b) Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos

Para el efecto el Artículo 3 indica: “Para los efectos de la aplicación de esta Ley, se consideran funcionarios públicos todas aquellas personas a las que se refiere el Artículo 4 de la misma, sin perjuicio de que se les identifique con otra denominación”. Esto significa que a los funcionarios públicos se les ha dado otras denominaciones, y aún así se les considera funcionarios públicos.

Por otra parte, el Artículo 4 establece lo siguiente: “Son responsables de conformidad con las normas contenidas en esta Ley y serán sancionadas por el incumplimiento o inobservancia de la misma, conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico



vigente en el país, todas aquellas personas investidas de funciones públicas permanentes o transitorias remuneradas o gratuitas. Asimismo, en esta disposición quedan comprendidos quienes presten sus servicios al Estado de Guatemala en el exterior del país en cualquier ramo”. Los funcionarios públicos como tales tienen responsabilidad pública, la cual es objeto de sanción en caso de incumplimiento o inobservancia de la misma, independientemente que dichas funciones sean desempeñadas en forma permanente, transitoria o que se desempeñen ad honorem.

Además el Artículo 7 preceptúa que: “Los funcionarios públicos conforme los denomina el artículo 4 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”. Los funcionarios públicos como tales tienen el deber de desempeñar sus funciones, atribuciones o facultades acatando en todo momento la Constitución Política de la República de Guatemala y las leyes especiales, de tal manera que están sujetos a responsabilidades de tipo administrativo, civil y penal, en caso de actuar en una u otra forma al margen del ordenamiento legal.

c) Reglamento de la Ley de Servicio Civil

El Artículo 1 del reglamento de mérito establece que funcionario público es: “La



persona individual que ocupa un cargo o puesto, en virtud de elección popular o nombramiento conforme a las leyes correspondientes, por el cual ejerce mando, autoridad, competencia legal y representación de carácter oficial de la dependencia o entidad estatal correspondiente, y se le remunera con un salario”. Este reglamento es preciso en definir claramente el cargo de funcionario público, y determina que es quien ejerce mando, autoridad y representación legal de la entidad a su cargo, y devenga un salario.

2.4.3 Calidades

Para optar a un cargo público los guatemaltecos que no tienen impedimento legal alguno y que reúnen las calidades necesarias, tienen derecho a optar a los mismos de conformidad con la ley. Para su otorgamiento no se atiende más que a razones fundadas de méritos, capacidad, idoneidad y honradez. De tal manera, que ninguna persona puede desempeñar más de un cargo o empleo público remunerado, excepto quienes presten servicios en centros docentes o instituciones asistenciales y siempre que haya compatibilidad en los horarios. Su fundamento legal se encuentra en el Artículo 15 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos.

No pueden optar al desempeño de cargo o empleo público quienes tienen impedimento de conformidad con leyes específicas y en ningún caso quienes no



demuestren fehacientemente sus méritos, concernientes a capacidad, idoneidad y honradez.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en los Artículos 112 y 113 precisan que ninguna persona puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de quienes presten servicios en centros docentes o instituciones asistenciales y siempre que haya compatibilidad en los horarios, y para desempeñar funciones públicas todos los guatemaltecos tienen derecho a optar a empleos o cargos públicos y para su otorgamiento no se atenderá más que a razones fundadas en lo que se refiere a capacidad, idoneidad y honradez.

De acuerdo al Artículo 32 de la Ley de Servicio Civil, los funcionarios públicos generalmente, al ser electos por elección popular o bien nombrados conforme las leyes correspondientes, ingresan al servicio estatal bajo la figura de servicio exento, es decir que no deben cumplir un proceso de selección como cualquier empleado público, y no está sujeto a las disposiciones de la ley y entre otros comprende los puestos de:

1. Funcionarios nombrados por el Presidente a propuesta del Consejo de Estado.
2. Ministros y Viceministros de Estado, secretarios, subsecretarios, y consejeros de la Presidencia de la República, directores generales y gobernadores departamentales, etcétera.

Tampoco pueden optar a ningún cargo o empleo público:



- a) Quienes no reúnen las calidades y requisitos requeridos para el ejercicio del cargo o empleo que se trate;
- b) Quienes habiendo recaudado, custodiado o administrado bienes del Estado, no tengan su constancia de solvencia o finiquito de la institución en la cual prestó sus servicios, así como de la Contraloría General de Cuentas;
- c) Quienes hayan renunciado o perdido la nacionalidad guatemalteca;
- d) Quienes no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos o hayan sido inhabilitados para ejercer cargos públicos;
- e) Quienes hubieren sido condenados por los delitos de narcotráfico, secuestro, asesinato, defraudación tributaria, contrabando, falsedad, aprobación indebida, robo, hurto, estafa, prevaricato, alzamiento de bienes, violación de secretos, delitos contra la salud, delitos contra el orden institucional, delitos contra el orden público, delitos contra la administración pública, delitos de cohecho, delitos de peculado y malversación, delitos de negociaciones ilícitas, aún cuando fueren penados únicamente con multa, en tanto no hayan cumplido las penas correspondientes y en ningún caso mientras no transcurran cinco años de ocurrido el hecho;
- f) Quienes hubieren sido condenados por delito de acción pública distintos de los enunciados en el inciso e) del Artículo 16 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, en tanto no hayan cumplido las penas correspondientes y en ningún caso mientras no transcurran cinco años de ocurrido el hecho.
- g) El ebrio consuetudinario y el toxicómano; y,



h) El declarado en quiebra, mientras no obtenga su rehabilitación.

Es innegable que existen impedimentos o limitantes para que un funcionario público acceda a un empleo o cargo público, limitantes que deben ser observadas por el órgano fiscalizador, la Contraloría General de Cuentas.

2.4.4 Características

El cargo de funcionario público se distingue principalmente por lo siguiente:

- a) Temporalidad del cargo público;
- b) Goza de remuneración superior que un empleado público;
- c) Es un cargo de naturaleza pública;
- d) Por lo regular las atribuciones se fundamentan en la Constitución Política de la República de Guatemala o en la ley respectiva, pero también puede estar contenida en los reglamentos;
- e) Tienen poder de decisión, de mando y representación de la entidad pública a su cargo.

Las características señaladas se encuentran plenamente contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, leyes y reglamentos especiales y son inherentes al cargo de funcionario público.



2.5 Empleados públicos

Son todas aquellas personas que desempeñan un puesto dentro del sector público y se encuentran bajo el mando de un jefe inmediato superior.

2.5.1 Definición

En la doctrina existen diversas definiciones del término empleado público y dentro de estas están las siguientes:

La licenciada Porrás Rodríguez precisa al respecto lo siguiente: “Es el que tiene por misión especial colaborar y preparar los actos administrativos de los que mandan, obedeciendo a órdenes inmediatas o superiores”.¹⁷ Esto significa que son las personas cuyas atribuciones van encaminadas a colaborar y preparar actos administrativos ordenados por los funcionarios públicos.

El tratadista Ossorio lo define como el: “Agente que presta servicios con carácter permanente, mediante remuneración, en la administración nacional, provincial o municipal. Se encuentra jerárquicamente dirigido por el funcionario público, por el agente de la administración nacional, provincial o municipal que tiene la representación del órgano, al frente del cual se encuentra, con las facultades de voluntad y de

¹⁷ Porrás Rodríguez, **Ob. Cit**; pág. 24.



imperium, con el ejercicio de la potestad pública”.¹⁸ Son las personas que se encuentran bajo el mando de un funcionario público, cargo desempeñado en forma permanente, recibe órdenes y devenga un salario a cambio de la prestación de sus servicios.

Los autores Ramírez y Vásquez, determinan al respecto lo siguiente: “Es 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”.¹⁹ Se enfatiza en esta definición que los empleados públicos son las personas que ejecutan las órdenes de mando de un funcionario público, y no tiene facultades para tomar decisiones.

El Artículo 1 del Reglamento de la Ley de Servicio Civil precisa que: “Es la persona individual que ocupa un puesto al servicio del Estado en las entidades o dependencias regidas por la Ley de Servicio Civil, en virtud de nombramiento o contrato expedidos de conformidad con las disposiciones legales, por el cual queda obligada a prestar sus servicios o a ejecutar una obra personalmente a cambio de un salario, bajo la dirección continuada del representante de la dependencia, entidad o institución donde presta sus servicios y bajo la subordinación inmediata del funcionario o su representante”. De acuerdo a este reglamento, son las personas que ocupan un puesto dentro de la administración pública, por nombramiento o contrato, bajo la dirección del funcionario público a cambio de un salario.

¹⁸ Ossorio. Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 281.

¹⁹ Ramírez Fernández, William y Vásquez Cucho, Nadezhda. **Manual de delitos cometidos por funcionarios públicos en el código penal guatemalteco**, pág. 44.



2.5.2 Regulación legal

a) Reglamento de la Ley de Servicio Civil

El Artículo 1 preceptúa lo siguiente: "Es la persona individual que ocupa un puesto al servicio del Estado en las entidades o dependencias regidas por la Ley del Servicio civil, en virtud de nombramiento o contrato expedidos de conformidad con las disposiciones legales, por el cual queda obligada a prestar sus servicios o a ejecutar una obra personalmente a cambio de un salario, bajo la dirección continuada del representante de la dependencia, entidad o institución donde presta sus servicios y bajo la subordinación inmediata del funcionario o su representante. No se considerarán funcionarios o empleados públicos, los que únicamente son retribuidos por el sistema de dietas, pues las mismas no constituyen salario, ni aquellos que son retribuidos con honorarios por prestar servicios técnicos o profesionales conforme la Ley de Contrataciones del Estado". El reglamento en mención, define enfáticamente que empleado público es la persona individual que se encuentra bajo las órdenes de un funcionario público, el cual es nombrado o contratado para desempeñar un puesto público y a cambio recibe un salario por la prestación de sus servicios.

2.5.3 Calidades

De acuerdo al Artículo 42 de la Ley de Servicio Civil, los empleados públicos que Ingresan a desempeñar un puesto o cargo público en las distintas entidades estatales,



bajo el servicio por oposición, deben tener las siguientes calidades:

- a) Poseer la aptitud moral, intelectual y física propias para el desempeño de un puesto.
- b) Satisfacer los requisitos mínimos especiales que establezca el manual de especificaciones de clase para el puesto que se trate.
- c) Demostrar idoneidad, sometiéndose a las pruebas, exámenes o concursos.
- d) Ser escogido y nombrado por la autoridad nominadora, de la nómina de candidatos certificada por la Oficina Nacional de Servicio Civil.
- e) Finalizar satisfactoriamente el período de prueba.
- f) Llenar los demás requisitos que establezcan los reglamentos de la ley.

Para el efecto el Artículo 15 del Reglamento de la Ley de Servicio Civil determina las condiciones de ingreso a puestos o cargos públicos. Adicionando a lo requerido en el Artículo 42 de la ley, las siguientes:

- a) Ser mayor de edad, guatemalteco de origen de los comprendidos en el Artículo 144 de la Constitución Política de la República, salvo lo dispuesto por el Artículo 7 de la Ley de Servicio Civil;
- b) Ser colegiado activo, en el caso que el desempeño del puesto requiere el ejercicio de una actividad profesional universitaria; y,
- c) En caso de reingreso, si el retiro fue por destitución por causa justificada, debe presentarse resolución de su rehabilitación emitida por la Oficina Nacional de Servicio Civil.



2.5.4 Características

El empleado público se distingue principalmente por lo siguiente:

- a) Son designados para desempeñar puestos o cargos públicos en forma indefinida.
- b) Perciben una remuneración.
- c) Es un cargo de naturaleza pública.
- d) Por lo regular sus atribuciones se fundamentan en una ley o bien en un reglamento, aunque toda ley tiene su fundamento específico en la Constitución Política de la República de Guatemala.
- e) Tienen menos poder de mando.
- f) Son auxiliares.

2.6 Responsabilidad de los funcionarios públicos

Las responsabilidades en que pueden incurrir los funcionarios públicos se dividen en:

- a) Responsabilidad política
- b) Responsabilidad jurídica

2.6.1 Responsabilidad política

Es aquélla que tienen los funcionarios que se apartan de las orientaciones políticas que señalan los órganos superiores del Estado.



Esta responsabilidad deriva en la separación del cargo de quien incurra en ella. En

Guatemala, existe un mecanismo parlamentario mediante el cual el Congreso de la República puede deducir responsabilidades políticas a los ministros de Estado. Este mecanismo se denomina interpelación o juicio político y se encuentra fundamentado en los Artículos 166 y 167 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por medio del mecanismo de interpelación, cuatro o más diputados pueden solicitar al pleno del Congreso el voto de falta de confianza de hasta cuatro ministros de Estado. Este mecanismo constituye un valioso instrumento bajo el punto de vista político.

Para el efecto el procedimiento de la interpelación es el siguiente:

- 1) Se plantea una interpelación en el punto de agenda de una sesión que se refiere a mociones y proposiciones, o en escrito dirigido a la Secretaría del Congreso.
- 2) El Presidente del Congreso procede a anunciar el día y fecha de la sesión en que se llevará a cabo la interpelación no más tarde de una de las cinco sesiones inmediatas siguientes.
- 3) La Secretaría del Congreso procede a notificar mediante oficio, al ministro que ha de ser interpelado, citándolo a concurrir.
- 4) Formulación del interrogatorio, y comunicación del mismo al ministro o ministros con 48 horas de anticipación.
- 5) Al comparecer el ministro al Congreso de la República, se procede a la Interpelación, pero primero se lee y se aprueba el acta de la sesión anterior.



- 6) Eventualmente puede solicitarse el voto de falta de confianza que debe ser pedido por cuatro o más diputados por los menos.
- 7) Una vez producido el voto de falta de confianza el ministro debe presentar su dimisión al Presidente de la República y hacérselo saber al Congreso.
- 8) Si el Presidente de la República de Guatemala en Consejo de Ministros considera que la conducta del ministro se ajusta a la conveniencia nacional y a la política del gobierno, el interpelado puede recurrir al Congreso de la República dentro de los ocho días a partir de la fecha de emisión del voto de falta de confianza y si no lo hiciere se tendrá por separado del cargo e inhabilitado por un período de seis meses.
- 9) El ministro interpelado puede recurrir al Congreso de la República, el Presidente para el efecto señala fecha y hora, para que tenga verificativo dentro de los ocho días siguientes de sometida al Congreso la apelación.
- 10) Se debate el tema y se amplía la interpelación.
- 11) En la sesión se vota sobre la ratificación del voto de falta de confianza, cuya aprobación requiere el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de diputados.
- 12) Ratificado el voto de falta de confianza se tiene por aceptada la renuncia y el ministro queda separado del cargo de inmediato.

2.6.2 Responsabilidad jurídica

Esta responsabilidad es aquella que se deriva de la violación de ciertas normas legales



o reglamentarias y para el efecto puede ser:

- a) Civil
- b) Penal, y
- c) Administrativa

2.6.2.1 Civil

Cuando un funcionario o empleado público comete acciones u omisiones dentro del desempeño de sus funciones que causen perjuicio a los administrados, constituyan o no delitos o faltas, incurre en responsabilidad civil, para el efecto el Artículo 9 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, es enfática al establecer que se genera responsabilidad civil cuando la acción u omisión se realiza con intención, negligencia, imprudencia, impericia o abuso de poder, misma que se comete en perjuicio y daño del patrimonio público, independiente de la responsabilidad penal que se genere. Los daños y perjuicios provenientes de la responsabilidad civil se hacen efectivos con arreglo al Código Civil y demás disposiciones legales vigentes sobre la materia, salvo que la acción civil se decida ejercerla dentro de la acción penal, en este caso se realiza conjuntamente.

De conformidad con el Artículo 155 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos puede deducirse, mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término es de 20 años.



2.6.2.2 Penal

Todo funcionario y empleado público en ejercicio de su cargo cuando comete acciones u omisiones tipificadas como delitos o faltas, incurre en responsabilidad penal, que para el efecto la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos en su Artículo 10 determina que genera responsabilidad penal la decisión, resolución, acción u omisión realizada por las personas a que se refiere el Artículo 4 de la ley referida y que de conformidad con la ley penal vigente, constituyan delitos o faltas.

Es preciso enfatizar que con relación a la responsabilidad penal, algunos funcionarios públicos por mandato legal, gozan de la garantía administrativa o la figura legal del derecho de antejuicio, que consiste en que legalmente es necesario que haya una declaración previa de un órgano competente sobre que haya lugar o no a la formación de causa contra un funcionario para que pueda plantearse el proceso penal pertinente.

2.6.2.3 Administrativa

Los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus funciones, incurren en responsabilidad administrativa cuando comete acciones u omisiones; de tal manera que el Artículo 8 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos establece que cuando las acciones u omisiones contravienen el ordenamiento jurídico administrativo y las normas que regulan la conducta del



funcionario público, y cuando se incurre en negligencia, imprudencia o impericia o incumpliendo leyes, reglamentos, contratos y demás disposiciones legales a la institución estatal ante la cual están obligados a prestar sus servicios, incurren en responsabilidad administrativa; asimismo, incurren en responsabilidad cuando no se cumple con la debida diligencia las obligaciones contraídas o funciones inherentes al cargo, así como cuando por acción u omisión se cause perjuicio a los intereses públicos que tuviere encomendados y no ocasionen daños o perjuicios patrimoniales, o en su caso incurran en faltas o delitos.

Es indudable que una responsabilidad administrativa de un funcionario público, conlleva una responsabilidad civil o bien a una responsabilidad penal, siempre y cuando este tipificada su conducta como delito o falta.

2.7 Regulación legal

2.7.1 Civil

La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos se encuentra regulada en los Artículos 1665 y 1666 del Código Civil, los cuales determinan que el Estado y las municipalidades son responsables de los daños o perjuicios causados por sus funcionarios o empleados en el ejercicio de sus cargos; asimismo, esta responsabilidad es subsidiaria y sólo puede hacerse efectiva cuando el funcionario o empleado directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean



suficientes para responder del daño o perjuicio causado. En todo caso quien paga el daño o perjuicio tiene derecho a repetir contra el que lo causó, salvo que éste hubiere procedido de conformidad con instrucciones recibidas de aquél y sin excederse de ellas.

La deducción de responsabilidad civil de los funcionarios públicos, se regula en la Constitución Política de la República de Guatemala, y esta fundamentada en el Artículo 155.

2.7.2 Penal

La responsabilidad penal específica por delitos cometidos por funcionarios y empleados públicos se encuentra regulada en los Artículos 418 al 438 Bis., del Código Penal que determinan el tipo penal y las sanciones correspondientes, y dentro de estos delitos están los siguientes: abuso de autoridad, incumplimiento de deberes, desobediencia, denegación de auxilio, revelación de secretos, resoluciones violatorias a la Constitución, detención irregular, abuso contra particulares, anticipación de funciones públicas, etcétera.



2.7.3 Administrativa

a) Ley de Servicio Civil

La responsabilidad de los funcionarios se regula en el Artículo 10 que para el efecto preceptúa: "Es responsabilidad de los Ministros de Estado y de los funcionarios que dirigen las dependencias incorporadas al régimen de Servicio Civil, cumplir y hacer que se cumpla la Ley de Servicio Civil, en sus respectivas dependencias". Esta ley, es especial, puesto que regula la responsabilidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, quienes tienen la responsabilidad de respetar dicha normativa en el desempeño de sus funciones y al incumplirla, se hacen acreedores de sanciones administrativas.

b) Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos

En cuanto a los sujetos de responsabilidad establece el Artículo 4 que: "Son responsables de conformidad con las normas contenidas en esta Ley y serán sancionados por el incumplimiento o inobservancia de la misma, conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente en el país, todas aquellas personas investidas de funciones públicas permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas. Asimismo, en esta disposición quedan comprendidos quienes presten sus servicios al Estado de Guatemala en el exterior del país en cualquier ramo". Al respecto, los funcionarios públicos que ejercen su cargo dentro y fuera de la República, tienen la



responsabilidad de cumplir sus funciones debidamente, de lo contrario están sujetos a sanciones.

Para el efecto el Artículo 11 en cuanto a los grados de responsabilidad de los funcionarios públicos preceptúa lo siguiente: “La responsabilidad es principal cuando el sujeto de la misma esté obligado por disposición legal o reglamentaria a ejecutar o no ejecutar un acto, y subsidiaria cuando un tercero queda obligado por incumplimiento del responsable principal”. Este artículo es claro al determinar que la responsabilidad es principal, cuando la ley o el reglamento obliga al sujeto a ejecutar un acto, o bien es responsable subsidiariamente una tercera persona cuando el responsable en su calidad de principal no cumple.

En cuanto a la responsabilidad por cumplimiento de orden superior establece el Artículo 12: “Ninguna persona sujeta a la aplicación de la presente Ley será relevada de responsabilidad por haber procedido en cumplimiento de orden contraria a la ley dictada por funcionario superior, al pago, uso o disposición indebidos de los fondos y otros bienes de que sea responsable. El funcionario que emita la orden de pago o empleo ilegal, será responsable administrativamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que pudiere corresponderle por la pérdida o menoscabo que sufran los bienes a su cargo”. Esto significa que ningún funcionario o empleado público puede alegar que cumplió una orden superior, para realizar un hecho ilícito, asimismo el superior jerárquico también es responsable administrativamente por dicho



hecho ilícito, sin perjuicio de las demás responsabilidades civiles o penales que debe solventar.

2.8 La importancia de tipificar el nepotismo como delito en el Código Penal

Indudablemente todo delito lleva inmerso los elementos positivos que lo tipifican o permiten el encuadramiento de la conducta delictiva, no obstante existen múltiples figuras que no se encuentran contenidas en el Código Penal por no estar tipificadas como delito, dentro de otras, el nepotismo, práctica arraigada cometida por los funcionarios públicos que ocasiona conflictos, radicando en ello la importancia de su tipificación.

Actualmente, los funcionarios públicos en turno abusan de la práctica del nepotismo, en virtud de no estar regulada en el Código Penal. Es importante encuadrar dicha figura en un tipo penal específico con el objeto de sancionar al funcionario que lo comete, no obstante éste sabedor de la existencia de su regulación en la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, la obvia, ya que únicamente se hace acreedor de una sanción administrativa. Es necesario tipificar el nepotismo como delito en el Código Penal, para que el funcionario sepa que incurre en este tipo de acción, sepa que se configuran en tal práctica los elementos que la tipifican, y además tenga conocimiento que actúa contra derecho, y que puede incurrir en culpabilidad al infringir una norma legal.



En resumen, la administración pública como tal, es una organización estatal, por medio de la cual el Estado, presta un servicio público. Las entidades estatales se encuentran a cargo de un funcionario público, y bajo su mando se encuentran los empleados públicos; no obstante, cuando los funcionarios públicos actúan al margen de la ley, incurren en responsabilidades de tipo político y jurídico, las que se encuentran contenidas en las leyes especiales tales como la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y su reglamento. Con ello se concluye, que en la figura del nepotismo se configuran varios elementos que lo tipifican, pero es necesario regular el tipo penal en el Código Penal.



CAPÍTULO III

3. El nepotismo

Término derivado del italiano nepote, que proviene del latín nepos (sobrino) que en la práctica política, designa la elección de colaboradores de gobierno entre parientes, independientemente de la capacitación o no para el cargo a desempeñar.

3.1 Definición

De la figura del nepotismo, existen diversas definiciones, dentro de estas se encuentran las siguientes:

El diccionario de la Real Academia Española, al respecto establece que: “Es la desmedida preferencia que algunos dan a sus parientes para las concesiones o empleos públicos”.²⁰ De acuerdo a esta definición, el nepotismo constituye la forma exclusiva que los funcionarios públicos emplean para contratar a sus familiares para ocupar determinados cargos públicos.

El diccionario Encarta determina que: “Constituye la práctica de realizar nombramientos de cargos públicos y proporcionar empleo dentro de la administración a partir de la relación personal y familiar antes que por la aplicación de un criterio de

²⁰ Real Academia Española, pág. 159.



idoneidad o mérito de la persona nombrada”.²¹ Se precisa que el nepotismo tiene como fin principal realizar nombramientos para ocupar cargos públicos tomando en cuenta el nexo familiar, independientemente de la capacidad académica, técnica o experiencia de la persona nombrada.

La enciclopedia Wikipedia enfatiza que: “Es la preferencia que tienen algunos gobernantes o funcionarios públicos para dar empleos públicos a familiares sin tomar en cuenta la competencia de los mismos para la labor, sino su lealtad o alianza”.²² En esta definición se enfatiza que al darse preferencia para nombrar a los familiares para ocupar puestos o cargos públicos se realiza bajo la premisa que estos actuarán con lealtad o alianza para desempeñar sus funciones, no importando su competencia.

Se asevera que nepotismo: “Es el acto por el cual un funcionario de dirección o personal de confianza en la entidad ejerce su facultad de nombramiento y contratación de personal respecto de parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio; o cuando los funcionarios antes mencionados ejerzan directa o indirectamente en el nombramiento y contratación de personal”.²³ De esta definición se parte que el nepotismo constituye el acto mismo por el cual el funcionario público determina el nombramiento o contratación de personas que guardan con el un vínculo, el parentesco dentro de los grados de ley.

²¹ Microsoft Encarta Biblioteca Premiun DVD, 2009.
²² Wikipedia. **La enciclopedia libre**, (5 de diciembre 2009).
²³ www.Cpnradio.doc.com (6 de diciembre 2009).



3.2 Antecedentes históricos

Constituye una práctica reiterada, existente desde hace muchos siglos, ubicándose en su momento en:

a) Imperio Romano

En los tiempos de la República Romana hubo un caso muy destacado, el de Pompeyo y su yerno Metelo Escipión. Pompeyo legó a Escipión dos legiones aunque Escipión mostraba una gran ineptitud en ámbitos militares. El caso fue denunciado en el Senado por Marco Antonio que era un tribuno de la plebe favorable a César, pero no se pudo hacer nada debido a que el Senado en esos momentos estaba dominado por los simpatizantes de Pompeyo.

b) Iglesia católica

En la Edad Media, el nombre proviene de la costumbre de algunos pontífices medievales y de principios de la Edad Moderna de nombrar parientes (sobrinos, ya que no tenían hijos), pero también algunos papas y obispos católicos criaban sus hijos ilegítimos como sobrinos y les daban preferencia. Varios papas son conocidos por haber elevado a sus parientes a ser cardenales de la iglesia, es decir para ocupar cargos y dignidades eclesiásticas. Tales técnicas se usaban a menudo como una forma de continuar una dinastía papal y aunque comenzó a usarse a finales del siglo XVI, con Inocencio VIII, la costumbre existía desde hacía siglos.



Fue una práctica usual de la transición del siglo XI al XII, por Celestino III (1191-1196) e Inocencio III (1198 -1216) y luego en el siglo XIII por Inocencio IV (1243-1254) a la familia Fieschi; Nicolás III (1280), a los Orsini; Bonifacio VIII (1294 -1303) a la familia Caetani.

Se agravó en el siglo XIV con la estancia de los papas en Avignon (1309 -1376), cuando fueron favorecidos numerosos franceses por parte de Clemente V (1305-1314), Juan XXII (1316 -1334) o Inocencio VI (1352 -1362), y aún más con el Cisma de Occidente (1378 -1410), para disponer de este modo cada pontífice de personas de confianza.

En el siglo XV es destacable la atención a los Colonna de Martín V (1417-1431), y de Calixto III (1458) hacia los Borgia, su familia (nombró cardenales a dos de sus sobrinos, Rodrigo de Borja y Juan Luis del Milá; de igual modo se vieron beneficiados los Della Rovere, los Medici y los Piccolomini.

En el siglo XVI, aquéllos que habían tenido hijos antes del pontificado llegaron a presionar para obtener principados para ellos (como hizo Alejandro VI, en los años 1492 -1503, para sus hijos Pedro Luis, Juan, Lucrecia, Jofré y César). El mismo Alejandro VI promovió al joven Alejandro Farnesio, hermano de su amante Julia Farnesio, como cardenal; que llegaría a ser papa con el nombre de Pablo III. Éste también practicó el nepotismo al promover como cardenales a sus dos sobrinos (de 14 y 16 años), hasta que fue prohibido por San Pío V (1566 -1572).



A finales de siglo, desde Sixto V (1585 -1590), se creó el cargo de cardenal - nepote (cardinale - padrone), un sobrino del pontífice ocupado de asuntos diplomáticos, institucionalizando la práctica diplomática de los embajadores de tratar con parientes del papa; aunque hubo excepciones de gran categoría como San Carlos Borromeo (nepote de Pío IV, 1559 -1565), la mayoría no estuvo a la altura, pues en la primera mitad del siglo XVII se abusó de las prácticas nepotísticas.

El nepotismo se caracterizó porque alcanzó su punto álgido bajo los papados de Martín V (1417 -1431), Alejandro VI (1492 -1503) y Pablo IV (1555 -1559).

Tal fue el grado de nepotismo, que condujo a críticas protestantes e internas del propio pontificado, hasta que Inocencio XII y su secretario el Cardenal Albani, por la constitución *Romanum decet Pontificem* (22 de junio de 1692), limitaron enormemente la protección de los papas a sus parientes y sustituyeron el cardenal-nepote por un secretario de Estado. Entonces la práctica del nepotismo finalmente acabó cuando el Papa Inocencio XII prohibió en 1692 el dar cualquier hacienda, oficio o ingreso a un pariente con la excepción si éste de verdad está calificado para ser hecho cardenal como máximo. La medida tuvo éxito y el nepotismo pontificio, tras algún caso aislado en tiempos posteriores, desapareció totalmente.

c) El islam

Las prácticas nepotistas no fueron propias del papado pontificio, también se encuentran en la expansión del islam, más que todo, durante el gobierno de Utmán,



que representaba a la clase social de los mercaderes de La Meca, no era un experto en técnicas militares y en un intento por revitalizar la fuerza del islam, insistió en la elaboración de una única versión del Corán y ordenó quemar todas las copias anteriores. Esa versión autorizada del Corán se organizó en función de la longitud de las suras (capítulos), de los más largos a los más cortos. Utmán actuó con nepotismo favoreciendo a los miembros de su propio clan en el nombramiento de puestos destacados, por lo que perdió el respaldo del pueblo.

d) Época moderna

Se precisa que en todas partes del mundo se ha configurado tal fenómeno nepotista, de ello no escapa Centro América, para ser más específicos en Nicaragua, por ejemplo en el año 1937 se instaló en el poder la familia Somoza, cuyos principales miembros fueron Anastasio Somoza y sus hijos Luis Somoza Debayle y Anastasio Somoza Debayle, que implantó un régimen dictatorial caracterizado por el nepotismo, la corrupción y el progresivo acercamiento a Estados Unidos. Sus detractores, en el año 1978, el Frente Amplio de Oposición, condujo en 1979 a la deposición de Anastasio Somoza y puso fin al nepotismo de dicha familia. Posteriormente se continuó con la figura nepotista en Nicaragua, con la dinastía de Daniel Ortega como presidente.

De la misma forma, existen prácticas nepotistas en países como Cuba y con más intensidad en países como Venezuela, Argentina, Bolivia o Perú y no se diga en



Guatemala, marcándose actualmente, con los familiares de la cónyuge del mandatario de la nación, Álvaro Colom.

3.3 Naturaleza jurídica

Es pública, ya que afecta a las entidades que conforman la administración pública, no se le puede determinar como de naturaleza privada, ya que no es acertado ubicarla dentro del sector privado, en virtud que en el ámbito privado existe libre contratación entre patronos y trabajadores, y sus personeros pueden hacer lo que quieran o tomar las decisiones que consideren pertinentes en cuanto a contratación se refiere, ya que si en caso contratan a sus familiares dentro de su empresa o sociedad, lo hace con la idea de maximizar su capital, y pueden argumentar que dichos familiares si cuentan con los conocimientos adecuados para dirigir o desempeñar un puesto, y lo realiza con completa responsabilidad pues su capital se pone en riesgo si no fuere así.

Lo contrario sucede en la administración pública dónde los funcionarios públicos contratan deliberadamente a sus familiares, no en función de su capacidad u honestidad, sino con el afán de favorecerlos de alguna forma, en detrimento o menoscabo de la administración pública, ya que dichas funciones son desempeñadas muchas veces sin responsabilidad o competencia alguna.

Reiterando, significa que desde una perspectiva privada, inclusive, puede darse el caso que el encargado del departamento de recursos humanos en una empresa o



bien el propio empresario, contrate a sus parientes en lugar de alguien más calificado sólo por el hecho ser familiar.

La diferencia con la faceta pública estriba en que en ésta rigen principios generales como el interés general, tutelados por los poderes públicos, mientras que en aquella rige la autonomía de la voluntad o el derecho a la propiedad, es decir, su tutela viene determinada por el propio empresario, propietario y gestor de los bienes de producción, en su propio interés u provecho y quien corre el riesgo de contratar familiares que no cuentan con la capacidad adecuada, es decir el riesgo es personal, en cambio en la administración pública el riesgo lo corren los administrados quienes al pagar sus impuestos esperan recibir un buen servicio público, situación que no sucede al contratar familiares no idóneos para ocupar un cargo público.

3.4 Regulación legal del nepotismo en la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos

La figura del nepotismo, no se menciona concretamente con este nombre en la ley de mérito, sino solamente se le define como una prohibición de los funcionarios públicos, para el efecto establece el Artículo 18 lo siguiente: “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: a) 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...” Es



evidente que esta ley administrativa, ya reconoce el nepotismo, pero no lo define de esta manera, únicamente se concreta a establecer las prohibiciones de los funcionarios públicos.

Indudablemente el funcionario público que infrinja la prohibición contenida en el Artículo 18 literal a de la ley en referencia, incurre en responsabilidad administrativa, así lo determina el Artículo 17 que al respecto estipula: “Sin perjuicio de los casos regulados en leyes específicas, también son casos que generan responsabilidad administrativa: ... d) La contratación de la esposa o hijos como subalternos en relación de dependencia, o la contratación de personas sin calificación necesaria cuando los cargos requieran calidades, cualidades, profesión, conocimientos o experiencias especiales, y de personas que se encuentran inhabilitadas conforme a la ley; ...”.

El órgano encargado de su fiscalización es la Contraloría General de Cuentas, y a ellos corresponde determinar la infracción a las prohibiciones, así como precisar las responsabilidades en que incurre el funcionario público a cargo de una entidad estatal, siempre y cuando ellos realicen la fiscalización correspondiente, ello constituye una limitante ya que la fiscalización no es inmediata, en virtud que las fiscalizaciones gubernamentales no son recurrentes, sino son aleatorias.

Cada entidad pública cuenta con una delegación de la Contraloría General de Cuentas, pero su fiscalización no es total, ni previa, sino posterior a la realización de



actos administrativos, por lo que no es fácil detectar ciertas anomalías efectuadas cometidas por los funcionarios públicos.

3.5 El dolo en la práctica nepotista

Desde el momento que el funcionario público nombra a sus familiares para ocupar una plaza administrativa, materializa la intención de defraudar en alguna forma a la administración pública, pues regularmente el familiar que ocupa la plaza o el puesto administrativo, no cuenta con la capacidad o idoneidad del caso, configurándose en este momento el elemento volitivo del dolo que se presenta de un modo más intenso, ya que el nombramiento de su familiar constituye la finalidad específica del autor (el funcionario público) y allí dirige su acción.

El nepotismo hasta el momento no se encuentra tipificado como delito en el Código Penal, pero eso no significa que el funcionario público no la materialice, la cual si esta contenida y delimitada dentro de las responsabilidades administrativas de los funcionarios públicos, en la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, quien impone la sanción es el subcontralor de probidad, de la Contraloría General de Cuentas, imponiendo las sanciones contenidas en el Artículo 39 numeral 4 de la Ley de Contraloría General de Cuentas relativa al incumplimiento de normas de control interno y de administración de personal sancionada con una multa de Q. 2,000.00 a Q. 10,000.00, ante el vacío legal existente en la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos.



Se enfatiza que existe dolo en la práctica nepotista, pero éste no cuenta con un tipo penal específico, lo que falta es voluntad política para regularla dentro del Código Penal, siendo imperante y necesaria dicha tipificación para que ya no se cometan más abusos.

3.6 El nepotismo como una variante de la corrupción

Modernamente, el nepotismo juega un papel muy importante en la contratación de personal dentro de la administración pública, es más el funcionario público, ya no le importa la sanción pecuniaria a la que se hace acreedor, o la responsabilidad política que le pudiera afectar, tampoco le importa su reputación, los valores morales se han perdido, por tal razón se cometen muchos abusos de la figura nepotista.

Se establece que el nepotismo constituye una variante de la corrupción, por la defraudación que se realiza a la administración pública, por derivar en serias consecuencias que repercuten en el buen desempeño de las funciones públicas y por ende de la administración pública en general.

Es un hecho que el familiar que es contratado bajo esta figura nepotista, es un trabajador que defrauda a la administración pública, salvo excepciones, en el sentido que no desempeña sus funciones como lo haría cualquier otro empleado público, es más en múltiples ocasiones ni las cumple, bajo el amparo y pretexto del nexo que lo une al funcionario público, además se le remunera desmesuradamente.



Tanto el funcionario público que contrata como el familiar que es contratado, bajo esta figura, defraudan a la administración pública, por lo tanto se analiza que ambos cometen actos de corrupción, al actuar anómalamente, quedando la acción en total impunidad desde el punto de vista penal, en virtud que esta figura nepotista no cuenta con un tipo penal que lo regule. La crítica a esta posición constituye el hecho que no puede existir discriminación laboral, máxime cuando el familiar del funcionario si es una persona responsable, honorable y honrada.

El nepotismo constituye una variante de la corrupción, porque la misma se presta a cometer otros actos corruptos, tales como la malversación, apropiación indebida, o enriquecimiento ilícito, figura que aún no está tipificada en el Código Penal, pero ya se tiene contemplado regularla, toda vez que como producto de la confianza existente entre ambos sujetos, actúan en complicidad, coautoría o encubrimiento para infringir o defraudar en su patrimonio al Estado.

3.7 Necesidad de erradicar el nepotismo

En Guatemala, este mal está enraizado e indudablemente, es causa o motivo de muchos problemas que aquejan al sector público, porque generalmente los parientes de los funcionarios se valen de la influencia o de la intervención directa de los mismos para obtener empleos y altos salarios, lo cual redundará en corrupción y abuso de poder.



Bajo el nepotismo, lo que impera son los vínculos de sangre y afinidad, no así mérito, la excelencia y la honorabilidad. Por consiguiente, quienes obtienen los contratos laborales no son aquellas personas que tienen la capacidad, la experiencia, la aptitud, el talento y el conocimiento, sino por el contrario quienes tienen el privilegio de ser parientes del funcionario público.

Es indudable que los cónyuges, los hijos, los hermanos, los padres, los primos, los tíos, los sobrinos, etcétera, de los funcionarios públicos acceden al poder público, es más son los primeros en ocupar cargos importantes, en obtener jugosos sueldos.

El objetivo de estos clanes es el saqueo y el despilfarro de la cosa pública, buscan enriquecerse al máximo y en el menor tiempo posible. No les interesa el bien común, sólo sus intereses personales.

Es un hecho que a la persona denunciante sufre represalias tales como la intimidación, el bloqueo, el destierro. Los autores de la figura jurídica del nepotismo quedan impunes, por tal razón, es imperiosa su erradicación.

En resumen, el nepotismo consiste en la práctica que cometen los funcionarios públicos al contratar sus familiares dentro de los grados de ley para ocupar un cargo público, independientemente de su capacidad, experiencia, y grado académico. La ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, la regula, bajo otros términos, no así el Código Penal. Se enfatiza que la práctica nepotista,



constituye una variante de la corrupción, siendo necesaria su erradicación.



CAPÍTULO IV

4. Los conflictos del nepotismo en Guatemala

4.1 Contratación de personal no idóneo para ocupar determinados cargos públicos

Es indudable que la actividad administrativa estatal, es muy especial, requiere de carrera administrativa, de eficiencia, conocimientos específicos en el área o bien especialización, es lo ideal, por lo que no cualquier empleado burocrático se encuentra capacitado para desempeñar determinado cargo o puesto.

Es recomendable que para ocupar una plaza vacante en la administración pública, apliquen personas idóneas que reúnan cualidades como experiencia, conocimientos, grado académico y capacidad, con el fin de que dichas funciones sean desempeñadas eficiente y eficazmente, aptitudes que no se reúnen fácilmente en cualquier persona.

Ante los requerimientos exigidos para determinada plaza, o puesto administrativo es conveniente seleccionar la persona idónea al caso, para el buen desempeño de sus funciones, así como se establece en el párrafo que antecede, en beneficio de los administrados, por lo que indudablemente dichos cargos deben ser ocupados por personas capaces, y no por grado de parentesco que tenga el empleado con el funcionario público, y que es de dominio público, práctica realizada con objetivos



personales específicos, en detrimento de la calidad de servicio prestado al público.

Se suscitan otras situaciones en la administración pública en las cuales los puestos son ocupados por personas que si cuentan con cierto grado académico, pero distinto a las exigencias del puesto, o en el peor de los casos carecen de la escolaridad necesaria, y en última instancia la persona no cuenta con ningún tipo de experiencia, ni aptitudes.

Por ejemplo en el Congreso de la República, cada inicio de año de período político, se contrata personal, sólo por contratar, independientemente de que exista una plaza específica que ocupar, no se contrata porque haya necesidad de contratar dicho personal, es más existe una superpoblación de personal sin funciones que desempeñar, y se les contrata en la mayoría de las veces, por el hecho de ser familiares de determinado funcionario, siendo el caso de la diputada Elizabeth Donis que de alguna forma logró que contrataran a su hijo de nombre Alejandro Letona Donis, pero al ser cuestionada por los medios de comunicación, la diputada justifico dicho hecho aseverando que éste si contaba con la capacidad académica y experiencia del caso, no obstante haber sido contratado con un sueldo de veintitrés mil quetzales mensuales (Q. 23,000.00) para ocupar el puesto de asistente administrativo, no obstante fue duramente criticada por los medios de comunicación social, así lo divulgó el diario Prensa Libre de fecha 1 y 11 de diciembre de 2009, por lo que la Junta Directiva del Congreso ordenó se revocara dicho contrato permanente, órgano que también incurrió en responsabilidad administrativa al autorizar el



nombramiento, mismos que se justificaron al asegurar que fueron sorprendidos en su buena fe al autorizar el contrato.

La misma situación se suscitó con la diputada Sonia Segura, quien influyó para que se contratara a su hijo Raúl Romero, para laborar siempre en el Congreso de la República, devengando la suma de diez mil quetzales mensuales (Q. 10,000.00), con anuencia de la anterior Junta Directiva, a esta persona se le otorgó un tratamiento especial, ya que no se canceló el contrato, bajo el argumento que estaba próximo a vencerse, con ello es evidente que dicha práctica nepotista perduró todo el año 2008 y 2009.

Otro caso muy conocido fue el de la diputada Mirza Arreaga, quien hizo historia al ser la primera mujer diputada por Huehuetenango, pero se trasciende que ella ha colocado a un buen número de familiares en los puestos con mayor rango.

Al consultarle a la parlamentaria sobre esta situación, en tono exaltado respondió que sus familiares tienen derecho a trabajar como lo realiza todo guatemalteco, y además tienen necesidad, y su contratación no es incorrecta.

De la misma forma se le preguntó si ella practica el nepotismo para favorecer a sus familiares respondió: "Si vemos en el Congreso de la República hay hasta familias completas, no obstante, es un derecho que tienen, lo malo sería que devengaran un salario sin trabajar."



Con estas declaraciones la diputada reconoce que el nepotismo es una práctica normal dentro de los diputados, pero en su caso considera que no está cometiendo ninguna anomalía, porque está compensando a su familia, con la labor que ella realiza con la gente.

“Si alguna persona es de mi confianza, es mi familia, y yo debo tenerla trabajando, creo que es un derecho mío, y no es nepotismo”, puntualizó la diputada Mirza Arreaga entre un tono de voz nerviosa.

Por otra parte, también se conocen prácticas nepotistas en el Organismo Judicial, siendo el caso del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, perteneciente al período que concluyó en el año 2009, éste contrató a su cónyuge para ocupar un cargo administrativo por un lapso de seis meses, vencido éste, ya no se renovó el contrato, no obstante ya se había incurrido en práctica nepotista. De la misma forma procedieron cuatro magistrados de la anterior administración, quienes efectuaron 27 nombramientos nepotistas en el interior de la República sin respetar la ley, así lo denunció con fecha uno de diciembre de 2009, el actual Presidente de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia.

De alguna forma este tipo de personal no dóneo, no sustenta pruebas específicas para medir su capacidad, o bien no se le requiere de experiencia previa, dado el grado de parentesco que guarda con el funcionario público que lo recomienda, es decir se le coloca en determinado cargo en forma prepotente y con abuso de autoridad, pese a



existir prohibición administrativa para efectuar este tipo de contratación, esta en raras ocasiones se hace valer por el órgano fiscalizador, la Contraloría General de Cuentas. No hay que olvidar que el estado de derecho en Guatemala, descansa sobre la igualdad universal ante la ley, así lo establece el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, de tal forma que cada acto de nepotismo contradice explícitamente este principio, ya que al contratar el personal en función del nexo que guarda con determinado funcionario público a cargo de una dependencia estatal, el principio en cuestión se viola, pues ya no existe igualdad en el proceso de selección, se contrata a los familiares en forma prepotente o bien que no tiene necesidad de trabajar, y se le resta la oportunidad al personal capacitado y con necesidad de trabajar.

Reiterando, el nepotismo es considerado una práctica inadecuada por cuanto propicia un conflicto que afecta al servicio público; de otro lado, restringe el acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas, como se establece en el párrafo que antecede, dificultando que las entidades públicas puedan cumplir objetivamente con las funciones para las que fueron creadas; asimismo debilita un ambiente saludable para desarrollar un buen control interno y para su fiscalización; inclusive perturba la disciplina laboral debido a la falta de imparcialidad del superior para ejercer su potestad de mando en un plano de igualdad sobre los servidores vinculados familiarmente a los funcionarios con poder de decisión o mando.



4.2 La no regulación legal del nepotismo como delito en el Código Penal

Se realiza el presente análisis, dada la conveniencia e importancia de regular el nepotismo como delito, ya que hasta el momento, es una práctica reiterada cometida por muchos funcionarios públicos, quienes por el hecho de gozar de un cargo de jefatura, dirección, subjefatura o subdirecciones de entidades públicas, cometen arbitrariedad al colocar en puestos de su conveniencia, o bien cualquier puesto a personas que guardan algún grado de parentesco con ellos, ya sea de consaguinidad o bien de afinidad.

Actualmente no existe una norma específica en el Código Penal que regule la práctica nepotista, razón por la cual el funcionario en turno abusa de la misma sabedor de la inexistencia de dicha figura delictiva, ante dicho hecho el funcionario público tiene conocimiento pleno que no tiene ninguna limitación o sanción penal que le prohíba contratar a sus familiares, por lo tanto abusa de ello, no obstante existir responsabilidad administrativa, la obvia. En cierta forma provoca una defraudación, usurpación o estafa a la administración pública al contratar personal no idóneo, pero la figura del nepotismo no puede ser encuadrada en tales tipos penales vigentes por ser figuras distintas.

Generalmente existen puestos o cargos que requieren de cierta capacidad, experiencia o grado académico, y por lo regular el familiar del funcionario público no cuenta con ninguna de esas calidades, aún así lo colocan, ello en detrimento del



servicio público, afectando a la administración pública y a los administrados, quien al pagar sus impuestos, espera recibir un servicio público de calidad.

Dada dicha situación de nepotismo, se justifica su encuadramiento en una figura delictiva penal, para que sea sancionada como corresponde, ya que se cometen este tipo de arbitrariedades sin control alguno y en forma descarada, contado únicamente con la censura de los medios de comunicación social que de alguna forma ejercen presión social, pero dichas prácticas no siempre son de dominio público y quedan en la impunidad como muchas otras prácticas corruptas cometidas por los funcionarios públicos.

Existen muchas causas por las cuales a la fecha no se ha regulado el nepotismo como delito en el Código Penal, más que todo son causas políticas, pero también es un hecho que quienes legislan a favor de sí mismos no tienen interés que se erradique, cuando si bien es cierto es un flagelo que ataca a la administración pública, debe regularse. Es indudable que el funcionario público que tiene a su cargo una entidad pública, al actuar con nepotismo, actúa al margen de la honestidad y honorabilidad, pero no es objeto de sanción penal, por no estar tipificado el nepotismo, pero ello no significa que su proceder sea correcto al incurrir en el mismo.

Es un hecho que la responsabilidad individual se ha escapado de las manos y todo, al final atribuible a la ligereza con que se ha acostumbrado a tolerar cualquier forma de corrupción, en este caso el nepotismo, es impresionante el incremento de su práctica e



increíble que a esta altura no se le da la importancia del caso, pues no sólo afecta a los demás trabajadores, sino también a los administrados en general, siendo imperiosa la necesidad de su regulación en el Código Penal.

4.3 La mala administración del presupuesto de una entidad pública por parte del funcionario público que contrata personal no idóneo

En los últimos años, el funcionario público, ignora el bienestar de los administrados, pasa por alto que a él se le ha delegado una función pública, que debe ser cumplida a cabalidad, que esa actividad pública debe ser desempeñada sin inmiscuir intereses personales o familiares, y no obstante en incurrir en responsabilidad administrativa, mezcla sus propios intereses, obviando que se debe a un cargo público, el cual debe ser desempeñado de la mejor forma posible.

Como se establece en el párrafo que antecede, al funcionario público, se le delega la buena administración del presupuesto de la entidad, ello conlleva maximizar muchos renglones presupuestarios, entre estos el recurso humano, pero al incurrir en prácticas nepotistas, no le está dando buen uso a la ejecución del presupuesto público de la entidad a su cargo, siendo conveniente se le fiscalice y se le sancione como es debido, ya que no es correcto que cometa arbitrariedades, en perjuicio de los administrados, quien con el pago de sus impuestos persigue la contraprestación de un servicio público eficiente.

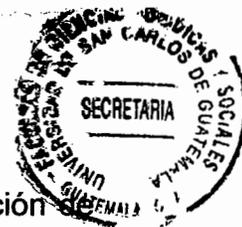


Es un hecho que las prácticas nepotistas constituyen una variante de la corrupción, pues esta se presta a contratar familiares sobre remunerándolos, o bien se les contrata para ser partícipes de hechos delictivos que atentan contra la administración pública, confirmando con ello que el funcionario público realiza una deficiente ejecución presupuestaria de la entidad a la cual pertenece.

4.4 Servicio público deficiente derivado de la contratación de personal no idóneo

Como efectos negativos se visualiza que al contratar a familiares para ocupar varias plazas administrativas dentro de una misma entidad, estas personas se acomodan en el puesto, sabedoras del nexo que los une al funcionario público que los recomienda, no desempeñan sus actividades como debería de ser, con responsabilidad, prontitud o esmero, por el contrario, ya no desempeñan sus funciones o bien no se hacen presentes, pues es de su conocimiento que nadie les puede exigir determinada responsabilidad, es decir que estas personas gozan de muchos privilegios o prerrogativas que no pueden dejarse pasar por alto.

La administración pública, no puede darse el lujo de otorgar privilegios, pues el dinero que manejan los funcionarios públicos pertenece a los administrados, quienes reciben el servicio público, y pagan por ello, al pagar sus impuestos, por lo que cada empleado o funcionario público debe desempeñar su puesto conforme el manual de clasificación y atribuciones de puestos de la entidad, reglamento interno, pacto colectivo de



condiciones de trabajo, inclusive deben tomar en cuenta que existe fiscalización sus funciones, por parte de la Contraloría General de Cuentas, además que tienen una responsabilidad civil que acatar, y que esta prescribe a los 20 años, tal y como lo determina la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 155.

4.5 Servicio público deficiente como una defraudación a los administrados

Al existir prácticas nepotistas dentro de las entidades estatales, se hace uso ineficiente de los recursos del Estado, ya que se cometen arbitrariedades, abusos y delitos. Cabe recordar que el presupuesto público es cubierto con el pago de impuestos de los administrados, quienes tienen derecho a recibir un servicio público de calidad.

El servicio público debe ser eficiente, pero este no se cumple al existir prácticas nepotistas dentro de una entidad estatal, que provoca deficiencia en la prestación del servicio público, con ello se defrauda a los administrados, siendo prudente su erradicación, así como buscar los mecanismos legales adecuados para que ya no se cometan arbitrariedades en perjuicio de los administrados.

En los últimos meses, los medios de comunicación social han informado a los administrados la existencia de prácticas nepotistas en las distintas entidades estatales y es un hecho que dichas prácticas forman parte de la corrupción galopante que afecta al país, dicho nepotismo contribuye a la malversación, o bien la apropiación indebida de sumas millonarias de dinero que forma parte del presupuesto asignado a



determinada dependencia pública; siendo evidente la defraudación que se realiza a los administrados, con ello se pierde la credibilidad y confianza en los funcionarios públicos o en las autoridades de turno.

Si el Estado presta un servicio público deficiente, poco a poco pierde el objetivo o finalidad, que constituye el bien común, razón por la que debe analizarse el abuso de la práctica inadecuada del nepotismo como una variante de corrupción y la conveniencia de su erradicación.

4.6 Pérdida de confianza de los administrados en la administración pública

El nepotismo existente en entidades públicas provoca que los administrados pierdan la confianza en la administración pública, pues al existir ineficiencia del servicio público los administrados se ven defraudados, lo que conlleva a perder interés en el pago de sus impuestos, afectando sin duda la recaudación tributaria y por ende el presupuesto de ingresos de la nación, situación que debe evitarse, pues al no contar con el presupuesto suficiente se corre el riesgo de dejar de atender renglones presupuestarios con destino a cumplir políticas de estado en beneficio de la sociedad en general.

Es preciso recuperar la confianza de los administrados, evitando el abuso de poder y, arbitrariedades, así como erradicar o atacar de alguna forma las distintas



manifestaciones de corrupción, en este caso el nepotismo, pues de continuar así, lo que se logra es que los administrados tributen menos o bien dejen de tributar, situación que afecta más que todo a la población de escasos recursos, pues los servicios esenciales ya no pueden cubrirse.

En resumen, el nepotismo en el país genera conflictos de diversa índole, tales como contratación de personal no idóneo para ocupar determinados cargos públicos; la regulación legal del nepotismo como delito en el Código Penal; la mala administración del presupuesto de una entidad pública por parte del funcionario público que contrata personal no idóneo; servicio público deficiente derivado de la contratación de personal no idóneo; servicio público deficiente como una defraudación de los administrados; y, por último, pérdida de confianza de los administrados en la administración pública.

CAPÍTULO V



5. Soluciones al nepotismo en Guatemala

Ante los múltiples conflictos que genera el nepotismo en el país, es preciso proporcionarles una solución justa, entre otras las siguientes:

5.1 Contratación de personal idóneo para ocupar cargos públicos

Toda empresa, estatal o no, para desempeñar a cabalidad sus funciones, debe de ser eficiente, de esto no escapa la administración pública, ya que independientemente que se maneje con presupuesto público, continúa siendo empresa, y como tal le concierne prestar un servicio de calidad, y ésta se mide por el rendimiento de su recurso humano, por tal razón debe contratarse el personal idóneo para desempeñar un puesto o cargo público con la finalidad de hacer más eficientes las entidades estatales.

Es un hecho que existe mucha corrupción en el ámbito administrativo, siendo una variante de la misma, el nepotismo, figura que se fortalece desde el momento en que los funcionarios públicos son nombrados, y luego éstos nombran a sus familiares dentro de los grados de ley, en algunos casos para realizar actos al margen de la ley, confiados en la impunidad de sus actos, máxime cuando determinadas figuras legales únicamente se encuentran fundamentadas en leyes administrativas no así en las leyes penales.



Para que los administrados, obtengan una contraprestación de servicio eficiente, debe contratarse el personal idóneo, capacitado, con experiencia, y mejor aún si dicho personal cuenta con carrera administrativa previa, pues esta es fundamental para el buen desempeño de las funciones públicas, y hacer lo posible por erradicar de alguna forma las prácticas nepotistas, que ocasionan la prestación de un servicio deficiente y un futuro colapso o crisis estatal, como sucedió hace unos 12 años en la Universidad Autónoma de México (UNAM), en la cual fue tal el grado de corrupción, que nadie creía en dicha institución, es más se le ridiculizaba por medio de programas picarescos de los medios televisivos, siendo lamentable tal situación, ya que dicha universidad en el pasado fue prestigiosa y, gozó de gran credibilidad a nivel internacional.

5.2 Reformar el Código Penal y adicionar el nepotismo como delito

Una solución justa al problema del nepotismo galopante enraizado en las distintas instituciones estatales del país, constituye efectuar una reforma al Código Penal, en el sentido que se tipifique el nepotismo como delito realizando para el efecto una adición, con el objeto que se pueda sancionar a los funcionarios públicos que cometen este tipo de prohibiciones administrativas, siendo urgente su regulación legal, ya que constituye un flagelo que sufre un incremento desmesurado, el cual afecta la prestación del servicio público, y a la misma administración pública, pues de no erradicar dicho problema se pierde la confianza de los administrados, a los cuales se debe el Estado, y no a determinado interés particular, como hasta el momento se viene haciendo.



Es necesario tipificar dicha figura, en virtud que prácticamente se comete una defraudación al erario público, que amerita ser sancionado, es más sería atinado regular que el empleado público nombrado para el efecto bajo estas circunstancias, tuviese la obligación de reembolsar los sueldos devengados, ya que generalmente dichos nombramientos se realizan en fraude de ley, pues desde el momento en que se contrata a un familiar, en la mayoría de los casos, éste no cuenta con los conocimientos, capacidad, experiencia y además tampoco cumple a cabalidad sus atribuciones bajo el amparo del nexo que lo une al funcionario público, o bien deja de cumplirlas, por lo que es evidente el conflicto de intereses que se suscita al nombrar un familiar dentro de una misma entidad administrativa.

5.3 Realizar una correcta administración del presupuesto de la entidad pública y hacer más eficiente el servicio público al no contratar servidores públicos no idóneos que responden a los intereses del funcionario público

A cada funcionario público el Estado le delega la responsabilidad de administrar en forma eficiente determinada entidad pública, este funcionario se debe al Estado como tal, por tal razón el referido funcionario público debe actuar con toda honestidad y honorabilidad, ya que al contratar el personal idóneo no sólo se beneficia él sino también la administración pública, y de esta forma realiza una correcta administración del presupuesto público que se le ha confiado administre adecuadamente.

En cada inicio de período presidencial, se nombran nuevos funcionarios públicos, así



como nuevos empleados públicos, siempre ha sido así, el asunto es que actualmente se nombra personal que responde a los intereses del partido político en turno, no debería ser así, en cuanto a los empleados públicos, lo ideal sería nombrar sólo personal capacitado, pero no siempre es así, por el contrario deliberadamente se nombra a los familiares del funcionario público, práctica incorrecta que repercute en la calidad de servicio público que presta el Estado.

Es cierto, como en todo ámbito, siempre existen sus excepciones, no todos los funcionarios públicos incurren en prácticas nepotistas, este tipo de funcionario es quien hace la diferencia y efectúa una correcta administración del presupuesto que el Estado le confía, pero indudablemente en los últimos años muchas virtudes y valores se han perdido.

Como sucede en toda empresa, si se cuenta con el recurso humano idóneo, se presta un servicio eficiente, de calidad, de tal manera que se afirma que si una entidad pública atiende a cabalidad este presupuesto, no tendrá problemas para prestar sus servicios.

5.4 Erradicar prácticas nepotistas para no defraudar a los administrados

Es preciso que las entidades públicas busquen la maximización de la calidad de la prestación de sus servicios, y así evitar que los administrados se vean defraudados, y paguen sus impuestos sin problemas, logrando una mejor recaudación fiscal,



indudablemente esto sólo se obtiene al erradicar las prácticas nepotistas, así como exigiendo mayor control a la entidad fiscalizadora, la Contraloría General de Cuentas.

5.5 Reformar el Código Penal para ganar la confianza de los administrados

Pese a existir una norma administrativa que hace incurrir en responsabilidad administrativa a los funcionarios públicos que realizan prácticas nepotistas, y pese a existir un órgano contralor del desempeño de las funciones de los funcionarios públicos, es insuficiente, y el nepotismo se incrementa.

No hay que olvidar que existe una institución encargada de ejercer el control y fiscalización de las actividades o funciones administrativas, ésta es la Contraloría General de Cuentas, pero no hay mayor fiscalizador que los propios administrados, y de alguna forma ejercen presión para que se les preste un servicio público eficiente.

La confianza de los administrados, se puede recuperar implementando una norma coercitiva que regule la práctica nepotista, ya que al existir una figura legal que contenga una sanción penal, el funcionario público en turno, se tomará el tiempo necesario para analizar la conveniencia de contratar como parte del personal de la institución que preside, a sus familiares.

Es urgente recuperar la confianza de los administrados, pues esta se ha perdido a



través del tiempo, a causa de los distintos matices que ha adoptado la corrupción siendo conveniente combatirla, por medio de la regulación penal, en el presente caso el nepotismo.

5.6 Proyecto de reforma por adición de norma legal que tipifica el nepotismo como delito en el Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala

DECRETO NÚMERO _____

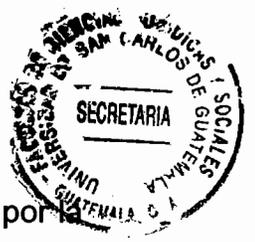
El Congreso de la República de Guatemala,

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política de la República de Guatemala establece que los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella.

CONSIDERANDO:

Que la administración pública se ve afectada por la mala práctica de funcionarios públicos de contratar dentro de las entidades públicas que dirigen, a sus familiares



dentro de los grados de ley, para ocupar cargos sin llenar los requisitos exigidos por la Ley de Servicio Civil para determinado puesto o cargo público.

CONSIDERANDO:

Que esta práctica tiene como consecuencia, la pérdida de la confianza de los administrados, servicio público deficiente como una defraudación a los administrados; así como la mala administración del presupuesto de una entidad pública por parte del funcionario público que contrata personal no idóneo.

CONSIDERANDO:

Para erradicar la arbitrariedad para contratar a parientes dentro de los grados de ley, es necesario tipificar como delito la figura del nepotismo, con el objeto de sancionar penalmente al funcionario público que incurra en esta práctica.

POR TANTO:

Con base en lo regulado y en ejercicio de las atribuciones que le confieren los Artículos 157 y 171, literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,



DECRETA:

La siguiente:

**REFORMA POR ADICIÓN DEL NEPOTISMO COMO DELITO EN EL
CÓDIGO PENAL**

ARTÍCULO 1º. Se adiciona el Artículo 438 Ter. el cual queda así:

“Artículo 438 Ter. **Del Nepotismo.** Será responsable del delito de nepotismo, el funcionario público que dentro del ejercicio de sus funciones en una entidad pública, centralizada, semi descentralizada, descentralizada u autónoma, o en su defecto de cualquier otra entidad que forme parte del sector público, en la cual el funcionario público goce o no de la libertad de nombramiento o contratación de personal, y que en el ejercicio de su cargo tenga injerencia directa o indirecta en el proceso de selección, y aprovechándose de dicha facultad, ordene el nombramiento de sus familiares o parientes con grado de parentesco hasta el cuarto grado de consaguinidad, y segundo de afinidad, por razón de matrimonio, unión de hecho o simple convivencia.

El nombramiento de los parientes de los funcionarios públicos, se extenderá a los contratos de servicios técnicos y profesionales así como a cualquier renglón presupuestario del cual forme parte. Asimismo el pariente nombrado bajo esta figura,



será obligado a reembolsar los sueldos, salarios u honorarios devengados por todo tiempo que dure su nombramiento.

La sanción de los funcionarios públicos que cometan este tipo de delitos será de cinco a doce años de prisión inconvertibles, una multa de cincuenta a cien mil quetzales (Q. 50,000.00 a Q. 100,000.00) e inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público por el mismo período en caso de reincidencia.

De la misma forma el pariente que devengue ingresos bajo la figura del nepotismo, será sancionado con una pena de dos a seis años de prisión, una multa de cinco mil quetzales (Q. 5,000.0) e inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público por el mismo período en caso de reincidencia.

ARTÍCULO 3. De la vigencia. El presente decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

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

Dado en el Palacio del Organismo Legislativo: en la ciudad de Guatemala, a los días del mes de ... de ...

PRESIDENTE

SECRETARIO



SANCIÓN AL DECRETO NÚMERO _____

Palacio Nacional: Guatemala, a los ... días del mes ... de... de ...

Publíquese y cúmplase



CONCLUSIONES

1. A pesar de la existencia del dolo en la práctica nepotista cometida por funcionarios públicos, que nombran a sus parientes dentro de los grados de ley en las entidades que ellos dirigen, éstos no son sancionados penalmente como consecuencia de la ausencia de un tipo penal que tipifique el nepotismo como delito en el Código Penal.
2. De acuerdo con la Constitución Política de la República de Guatemala, el fin del Estado es el bien común, y éste se cumple por medio de las distintas entidades que conforman la administración pública; no obstante, los funcionarios públicos que la presiden, omiten que no pueden contratar como servidores públicos a sus parientes dentro de los grados de ley.
3. El nepotismo constituye una variante de la corrupción, caracterizándose porque los funcionarios públicos a cargo de entidades públicas ejercen cierta influencia para que se efectúe el nombramiento de sus familiares, para que éstos ocupen puestos o cargos públicos, a sabiendas que incurren en responsabilidad administrativa por contravenir el ordenamiento legal administrativo.
4. Las prácticas nepotistas en la administración pública generan diversos conflictos, dentro de ellos mala administración del presupuesto de una entidad pública por parte del funcionario público, así como servicio público deficiente, defraudación y



pérdida de la confianza de los administrados, todo ello derivado de contratación de personal no idóneo para ocupar cargos públicos.

5. Los conflictos generados por la práctica nepotista se derivan de la falta de una regulación específica dentro del Código Penal que la prohíba y sancione como corresponde; no obstante, encontrarse regulada en la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, ésta carece de fuerza coercitiva y no evita que se cometa este tipo de actos.



RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe velar por que toda conducta humana que lesione un bien jurídico tutelado, en este caso el nepotismo, sea regulada en el Código Penal, con el fin de evitar que los funcionarios públicos cometan arbitrariedad ante la comisión del mismo.
2. La Contraloría General de Cuentas, como ente fiscalizador de las actuaciones de los funcionarios y empleados públicos, debe ejercer mayor control sobre las políticas y decisiones adoptadas por éstos, para evitar que se contravengan las prohibiciones contenidas en el Artículo 18 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos.
3. La Contraloría General de Cuentas debe fiscalizar los nombramientos del personal contratado por los funcionarios públicos, y determinar la existencia de prácticas nepotistas, para efectuar los reparos correspondientes a los funcionarios públicos que las cometan, para que se le deduzcan las responsabilidades administrativas e imponerles las sanciones que le corresponden.
4. El Congreso de la República de Guatemala debe regular el nepotismo como delito dentro del Código Penal, con el objeto de solucionar los conflictos que genera la contratación de personal no idóneo para desempeñar funciones públicas, y de esta forma recuperar la confianza de los administrados.



5. Las personas y entidades facultadas para proponer iniciativas de ley deben promover que se regule, que es responsable del delito de nepotismo, el funcionario público que ordene el nombramiento de sus familiares o parientes con parentesco hasta el cuarto grado de consaguinidad, y segundo de afinidad, por razón de matrimonio, unión de hecho o simple convivencia.



BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito.** Guatemala: Ed. Universidad de San Carlos de Guatemala. 2006. 152 págs.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal.** 3ª. ed. España: Ed. Ariel. 2007. 287 págs.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** 1t.; 14 ed.: Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1996. 414 págs.
- CALDERON MORALES, Hugo. **Derecho administrativo I.** 6ª. ed; Guatemala: Ed. Fénix. 2003. 439 págs.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo guatemalteco.** 17 ed. Guatemala: Ed. Impresiones Gráficas. 2006. 643 págs.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal.** 9ª. ed. México: Ed. Nacional. 1953. 750 págs.
- Diccionario espasa y calpe. S.A.** España: Ed. Española Calpe, S.A. 1979. 750 págs.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Manual de derecho penal guatemalteco.** Guatemala: Ed: Imp. Industriales. 2007. 712 págs.
- DE MATA VELA, Francisco. **Derecho penal guatemalteco.** 8ª. ed. Guatemala: Ed. Llerena. 1996. 765 págs.
- JAUREGUI, Hugo Roberto. **Apuntes de teoría del delito.** 1a. ed. Guatemala: Magna Terra Editores, S.A. 2005. 157 págs.
- JIMÉNEZ de ASÚA, Luis. **Lecciones de derecho penal.** 7v; Argentina: Ed. Oxford. 1950. 189 págs.



GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **La relación funcional.** Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. 2003.

GONZÁLEZ CAHUAPÉ-CAZAUX. **Apuntes de derecho penal guatemalteco.** 2ª. ed.; 1ª. r. 2006. 206 págs.

GUZMÁN CORDOVA, César Roberto. **Fundamentos de derecho penal.** 1ª. ed. Guatemala: Ed. Praxis, 2006. 174 págs.

Gran enciclopedia multimedia interactiva. DVD.

MARTINEZ VERA, Rogelio. **Fundamentos del derecho público.** 1ª. ed. México: Ed. Mcgraw-Hill Interamericana de México, S.A., 1994. 266 págs.

MEZA DUARTE, Eric. **Introducción al derecho administrativo guatemalteco.** 3ª. ed. Guatemala: s.e, 1990. 222 págs.

MICROSOFT ENCARTA. **Biblioteca Premiun DVD.** 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal.** 2ª. ed. Argentina: Ed. IBdeF. 2003. 298 págs.

MUÑOZ CONDE, Francisco **Teoría general del delito.** 2ª. ed. Colombia: Ed. Temis, S.A. 2004. 190 págs.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina. Ed. Heliasta S.R.L., 1981. 797 págs.

PORRAS RODRÍGUEZ, Lydia Stella. **Hacienda pública.** 6ª. ed. Guatemala: s.e. 1980. 232 págs.

RAMÍREZ FERNÁNDEZ, William y Nadezhda, Vásquez Cucho. **Manual de delitos cometidos por funcionarios públicos en el código penal guatemalteco.** 1ª. ed. Guatemala: Impresos GM. 2003. 286 págs.



REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española.** España: Ed. Espasa-Calpe S.A., 1992, 852 págs.

REYES CALDERÓN, José Adolfo. **Derecho penal.** 3ª. ed.; Guatemala: Ed. Casa Gráfica. 2003. 189 pág.

VALENZUELA OLIVA, Wilfredo. **Derecho penal.** 1t; Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala. 2004. 239 Págs.

WIKIPEDIA. **La enciclopedia libre.** (5 de diciembre de 2009).

www.Cpnradio.doc.com (6 de diciembre 2009).

Legislación:

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

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

Ley contra la Delincuencia Organizada. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 21-2006, 2006.

Ley del Organismo Ejecutivo. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 114- 97, 1997.

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

Ley del Organismo Legislativo. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 63- 94, 1994.



Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 89-2002, 2002.

Ley de Servicio Civil. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 1748, 1969.