

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



**EL DELITO DE PECULADO Y LA REFORMA AL
ARTÍCULO 264 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL
DENEGANDO LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS**

PEDRO GIOVANNI TZORÍN PÉREZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2010

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

**EL DELITO DE PECULADO Y LA REFORMA AL
ARTÍCULO 264 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL
DENEGANDO LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS**

TESIS

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

PEDRO GIOVANNI TZORÍN PÉREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre 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 Alegria
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Marisol Morales Chew
Vocal: Lic. Belter Rodolfo Mancilla Solares
Secretario: Lic. Álvaro Hugo Salguero Lemus

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Helder Ulises Gómez
Vocal: Lic. Carlos Humberto De León Velasco
Secretario: Lic. Napoleón Gilberto Orozco Monzón

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).

DEDICATORIA

A DIOS: Ser omnipotente, mi creador y salvador, quien tiene un plan y un propósito para mi vida.

“El principio de la sabiduría es el temor de Jehová; y los incensatos desprecian la sabiduría y la enseñanza”. Prov. 1:7.

A MIS PADRES: Agustín Tzorin Castro, Pantaleona Pérez Pérez, que con disciplina y amor he logrado alcanzar mis ideales.

A MIS HERMANOS: Marco Polo, Celeste María, Dalila Betzabé y Heidi Mariella.

A MI ESPOSA: Mercedes Concepción Tzorin.

A MI HIJO: Giovanni Daniel Tzorin Ajcot.

A MIS ABUELOS: Pedro Pérez Pérez, María Pérez Pérez (Q.E.P.D). Paula Castro (Q.E.P.D), Pablo Tzorin. (Q.E.P.D.)

A MIS SUEGROS Y CUÑADOS: Quienes me han apoyado incondicionalmente.

A MIS TIOS: Con mucho aprecio.

A MIS PRIMOS Y SOBRINOS: Con amor fraternal.

A MI PASTOR: Marco Tulio Escobedo, por confiar en mi.

A MIS AMIGOS: En general.

A: Mi querido Sololá, ciudad del paisaje, tierra que me vió nacer.

A: LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, casa de estudios que ha formado profesionales dignos, sumándome a ellos para aportar a Guatemala mis conocimientos y servicios.

ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. El proceso penal guatemalteco.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. El proceso penal.....	3
1.3. Naturaleza jurídica del proceso penal.....	5
1.4. Fines del proceso penal.....	8
1.5. Objetivo del proceso penal.....	10
1.6. Características del proceso penal.....	11
1.7. Estructura del proceso penal guatemalteco.....	13
1.7.1. Fase preparatoria.....	15
1.8. Fase intermedia.....	19
1.9. El fiscal del Ministerio Público.....	21
1.10. Fase del juicio oral penal.....	24
1.10.1. Preparación del debate.....	25
1.10.2. Fase del debate.....	27

CAPÍTULO II

2. Derechos, principios y garantías en el proceso penal.....	29
2.1. Consideraciones generales.....	29
2.2. Garantías.....	29
2.2.1. De presunción de inocencia.....	30
2.2.2. Debido proceso.....	32
2.2.3. Independencia judicial.....	33

	Pág.
2.2.4. Defensa.....	34
2.2.5. Principio de concordia.....	37
2.2.6. Principio de eficacia.....	40
2.2.7. Principio de celeridad.....	41
2.2.8. Principio de sencillez.....	42
2.2.9. Principio favor rei.....	43
2.2.10. Principio favor libertatis.....	45
2.2.11. Principio reparación civil.....	47

CAPÍTULO III

3. Empleado público y funcionario público.....	49
3.1. Relación funcional o servicio civil.....	49
3.1.1. Funcionarios públicos superiores.....	52
3.1.2. Funcionarios públicos intermedios.....	53
3.1.3. Funcionarios públicos menores.....	53
3.2. Clasificación legal.....	54
3.2.1. Servicio exento.....	54
3.2.2. Servicio sin oposición.....	54
3.2.3. Servicio por oposición.....	55
3.3. Empleados públicos.....	55
3.4. Funcionario público.....	57
3.4.1. Definición.....	58
3.5. Responsabilidades políticas jurídicas de los empleados y funcionarios públicos.....	60
3.5.1. Responsabilidades políticas.....	61
3.5.2. Responsabilidad jurídica.....	61

	Pág.
3.5.3. Responsabilidad penal.....	61
3.6. Diferencias entre empleado y funcionario público.....	63

CAPÍTULO IV

4. Las medidas sustitutivas.....	65
4.1. Definición.....	65
4.2. Análisis jurídico doctrinario.....	65
4.3. Análisis de la medida sustitutiva del arresto domiciliario.....	73
4.3.1. Domicilio.....	74
4.3.2. Arresto domiciliario en el domicilio del imputado.....	75
4.3.3. Arresto domiciliario en la residencia del imputado.....	75
4.3.4. Arresto con vigilancia.....	76
4.3.5. Arresto domiciliario sin vigilancia.....	77

CAPÍTULO V

5. El delito de peculado.....	79
5.1. Generalidades.....	79
5.2. Casos de peculado en la legislación internacional.....	80
5.3. El delito de peculado.....	84
5.4. Antecedentes.....	85
5.5. La Convención Interamericana contra la Corrupción.....	87
5.6. El delito de peculado en la legislación guatemalteca.....	93

CAPÍTULO VI

6. Derecho comparado.....	95
---------------------------	----

	Pág.
6.1. Chile.....	95
6.2. México.....	96
6.3. Honduras.....	96
6.4. El Salvador.....	96
6.5. Colombia.....	97
6.6. Bolivia.....	98
6.7. República Dominicana.....	98
6.8. Análisis de la legislación comparada.....	100
6.9. Bien jurídico.....	101
6.10. Sujeto activo.....	103
6.11. Análisis del Artículo 264 del Código Procesal Penal.....	103
6.12. Anteproyecto de ley.....	106
CONCLUSIONES.....	113
RECOMENDACIONES.....	115
ANEXOS.....	117
BIBLIOGRAFÍA.....	121

INTRODUCCIÓN

En la actualidad el delito de peculado se ha cometido constantemente, por lo que la intervención del Estado es necesaria para que el proceso penal llene las expectativas para evitar que el funcionario o empleado público se aproveche del dinero o bienes del Estado, que se le han encargado para su cuidado, por tal razón no es justo que a éstos se les otorguen medidas sustitutivas cuando han participado en la comisión de este delito, pues éstos se aprovechan de los fondos del erario público.

Se comprobó la hipótesis de la investigación, la cual consiste en que debe reformarse la ley y no otorgar la medida sustitutiva de arresto domiciliario cuando se inicie juicio por el delito de peculado contra un funcionario o empleado público.

Se estudiaron las teorías sobre la evasión del sindicado, las medidas de coerción, y los mecanismos para obligar al imputado a estar presente en el juicio oral y público.

El objetivo general de la investigación es: Determinar las ventajas y desventajas que presenta la reforma al Artículo 264 del Código Procesal Penal.

Los objetivos específicos de la investigación son: Demostrar que se deben proteger los caudales del Estado y sus bienes, en el procedimiento por el delito de peculado. Establecer la drasticidad en la persecución penal cuando se trate del delito de

peculado, no otorgando ninguna de las medidas sustitutivas.

La presente investigación está contenida en seis capítulos: El primero se refiere al proceso penal guatemalteco, definiéndolo, estudiando las características, el trámite y la función del fiscal del Ministerio Público; el segundo trata del derecho, principios y garantías constitucionales; en el tercero se desarrolla el empleado y funcionario público, su relación funcional, clasificación y sus responsabilidades; el cuarto se refiere a medidas sustitutivas, definiéndolas, se hace el análisis jurídico y se estudia el arresto domiciliario; en el quinto se analiza el peculado, sus generalidades, antecedentes y la Convención Interamericana contra la Corrupción; y sexto capítulo se desarrolla la reforma del Artículo 264 del Código Procesal Penal, se hace un análisis del derecho comparado con otras legislaciones de Latinoamérica.

Los métodos de investigación utilizados fueron: Inductivo: el estudio de las medidas sustitutivas sirvió para obtener las conclusiones generales si es necesario reformar el Artículo citado. Deductivo: Sirvió para hacer las deducciones del caso y llegar a la conclusión sobre las ventajas y desventajas de las medidas sustitutivas en el delito de peculado. La técnica de investigación utilizada fue la científico documental.

La presente investigación resulta interesante porque es un tema de actualidad y se ha vuelto tan común porque a diario se lleva a cabo la persecución penal contra funcionarios o empleados públicos, que se han evadido.

CAPÍTULO I

1. El proceso penal guatemalteco

El proceso penal guatemalteco es de carácter mixto, en virtud que aplica una parte escrita y otra oral, la modernización del mismo ha sido efectiva y se ha desechado el sistema inquisitivo que tanto tiempo estuvo implantado en el país.

1.1. Definición

El vocablo proceso, proviene de la voz latina **procediere** que significa avanzar, marcar hacia delante, marchar hacia un fin determinado, a través de sucesivos momentos: el proceso es una secuencia de actos ordenados.

Antiguamente se utilizó el vocablo juicio que proviene de los vocablos “**de iudicio, iudicare**” que corresponde, estrictamente, al momento culminante de la función jurisdiccional, en la cual el juez declara el derecho. Moderadamente se le denomina proceso, éste término es más amplio, esto quiere decir que “denota una actividad, un desarrollo en el tiempo, o sea proceder, actuar y en esa virtud, comprende todos los actos realizados por las partes procesales, sea cual fuere su origen y además quedando excluidas del término juicio, el cual forzosamente implica controversia entre

las partes”¹.

Para Guillermo Borja, el proceso, que conlleva la ciencia del derecho procesal penal, indica que es “una disciplina o como una ciencia que establece que en todas las ciencias lo primero que debe hacerse es deslindar el objeto de su estudio e identificar lo que se pretende estudiar, asimismo, diferenciarlo de las otras ramas para conocerlo en lo particular, principalmente, en el derecho procesal en donde se plantea el problema de la unificación de la autonomía del derecho procesal”².

En la actualidad tienden a confundirse los vocablos proceso y juicio, por la materia u objeto que constituye su contenido y así se le identifica con las nociones de litigio, litis, contienda, controversia, pleito, las cuales deben de diferenciarse. Así también con los elementos materiales que sirven para exteriorizar o representar las series de actos o actividades que le componen.

Doctrinalmente varios autores definen el proceso desde dos puntos de vista:

- Como una consecuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión.

¹ Maier D., Julio. **Derecho procesal argentino**. Pág. 21.

² Borja Osorio, Guillermo. **Derecho procesal penal mexicano**. Pág. 121.

- Es una consecuencia o serie de actos, que constituyen una unidad a la que caracteriza su fin; es decir, la decisión del conflicto mediante un fallo que adquiere autoridad de cosa juzgada.

Calamandrei, mencionado por Jhony Dahiten Castillo, señala que proceso es: “La serie de actividades que se deben de llevar a cabo para obtener la providencia jurisdiccional”³.

De lo anterior se puede concluir que proceso es un conjunto de actos jurídicos, realizados por la actividad de los sujetos procesales y el Ministerio Público, unos en el pleno ejercicio de sus derechos, otros por mandato legal, con la finalidad de llegar al pronunciamiento de un fallo.

1.2. El proceso penal

Proceso penal, es una operación compleja, progresiva y metódica, por medio de la cual los sujetos procesales solicitan la intervención de un órgano jurisdiccional (juez) para que tenga conocimiento de una causa y cuya finalidad consiste primordialmente en la declaración del derecho penal material. La generalidad de los autores está de acuerdo en que proceso penal, es el conjunto de actos, progresivos y metódicos, que suceden

³ Dahiten Castillo, Jhony. **El proceso jurisdiccional**. Pág. 54.

entre el momento en que se pide la actuación de la ley y aquel en que dicha actuación se verifica, que producen hacia el momento final.

El proceso penal está instituido con base a la necesidad pública, de castigar al culpable y de proteger al inocente y esto se va a plasmar cuando dicha necesidad se vea en el pronunciamiento de una resolución en la que se declare la culpabilidad y en consecuencia la responsabilidad penal de una persona por un hecho calificado de antijurídico, previamente establecido por el Estado y en su caso la declaración de absolución de los cargos imputados.

La acción antijurídica debe de estar plasmada en la ley con anterioridad acaecimiento de la acción por parte del Estado, ya que éste es el que vela por la seguridad de los ciudadanos y en consecuencia el que controla la conducta de ellos, ejerciendo su poder de soberanía, para castigar los actos delictivos, ello también se debe a la protección que merecen sus ciudadanos. Así lo establece el Artículo cinco del Código Procesal Penal, Decreto número 51.92 del Congreso de la República de Guatemala, el cual establece: “El proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que puede ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva y la ejecución de la misma.”

Así se puede señalar que proceso penal es:

- a) “La serie de datos que se requieren o se consideran oportunos para que la existencia de un hecho, considerado delictuoso por la ley penal y de su autor, sea establecida con todas sus circunstancias particulares, para que luego, se pueda pronunciar un juicio sobre uno y otro”⁴.
- b) El conjunto de la actividad que la ley procesal disciplina para la determinación del delito y la infracción de la pena por medio de los órganos jurisdiccionales.
- c) Conjunto de las actividades y formas mediante las cuales los órganos competentes, preestablecidos en la ley, observando ciertos requisitos, proveen, juzgando a la aplicación de la ley penal en cada caso concreto.

Por lo señalado anteriormente, proceso penal: es el conjunto de normas jurídicas, principios procesales, que regulan la actividad de un órgano jurisdiccional competente, que tiene como finalidad la averiguación de un hecho antijurídico preestablecido, por medio de una serie de actos concatenados en fases específicas, cronológicamente, ya tiene por finalidad la averiguación de la verdad y que requiere el pronunciamiento judicial de dicho órgano por medio de una sentencia y la ejecución de la misma.

1.3. Naturaleza jurídica del proceso penal

Partiendo del concepto enunciado por los romanistas de que el proceso es el resultado de la actividad de tres personas distintas (iuditiun est actus trius personarum: indicis,

⁴ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 584.

actoris et rei), que hasta el momento de juzgar sobre el mérito de la demanda existe un estado de incertidumbre, en el cual las partes tienen deberes y derechos, enunció la teoría de que el proceso importa una relación jurídica de naturaleza esencialmente procesal entre el Estado y las partes.

Esta teoría tiene las siguientes características:

- Pública

Porque deriva de normas que regulan una actividad pública, la cual es la de administrar justicia.

- Compleja

La cual comprende el conjunto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales intervinientes, la cual puede ser bilateral, según que la relación procesal sólo existen derechos y obligaciones entre el acusador y acusado; triangular, según que dicha relación comprende, además, derechos y obligaciones entre el juez y el acusador y entre el juez y acusado.

- Unitaria

Porque los derechos y obligaciones que comprende, no obstante la posibilidad de su

consideración analítica, están perfectamente enlazados y coordinados entre si, de modo que toda la actividad procesal se dirija, a través de sucesivas etapas, hacia un fin común.

- Autónoma

Porque puede existir independientemente de la relación de derecho material cuya definición se procura por medio del proceso.

Para ésta teoría en el proceso no importa una relación sino una situación jurídica, niega que existan derechos y obligaciones de naturaleza procesal y sostiene que la obligación del Juez de proveer a los requerimientos de las partes pertenece el derecho constitucional y administrativo, cuyas normas regulan el oficio judicial, de manera que no es necesario recurrir al procesal para justificarla; reemplaza las obligaciones por las cargas y los derechos por las posibilidades, las expectativas y las liberaciones de cargas. Las partes no tienen obligaciones de los actos correspondientes a sus funciones, solamente están sometidas a un régimen de cargas, consistentes en alternativas de realizarlos o de perjudicarse. Al hablar de situación, se refiere a la del derecho material durante el proceso, desde la promoción de la demanda hasta la sentencia.

- De la institucionalidad

Toma en consideración la concepción administrativa de que la institución es una organización jurídica al servicio de una idea, individualizada los dos elementos fundamentales que la integran; una idea objetiva y un conjunto de voluntades que se adhieren a ella para lograr su realización.

1.4. Fines del proceso penal

La finalidad del proceso penal se confunde con la función jurisdiccional penal, que consiste en posibilitar la realización del derecho penal material. “Se puede decir que las normas procesales están esencialmente dirigidas a la tutela de la inocencia, cuando en realidad lo están al castigo del culpable; el sistema de garantías que las mismas estructuren para evitar el error y la mala fe”⁵.

La posibilidad de carácter general comprende:

- a) Posibilidad jurídica, la transformación de la pretensión punitiva en derecho subjetivo del Estado, o sea, la declaración del derecho de someter al delincuente al cumplimiento de una pena, siendo necesario comprobar el fundamento que tenga la pretensión punitiva, como lo establece el Artículo cinco del Código Procesal Penal, el cual señala cuales son los fines del proceso: la averiguación de un hecho señalado como delito o falta; las circunstancias en que pudo haber sido

⁵ Bartolino, Pedro. **El funcionamiento del derecho procesal penal**. Pág. 153.

cometido, la posible participación del sindicato; el pronunciamiento de la sentencia y la ejecución de la misma, debiendo de establecer la legitimidad de dicha pretensión, que debe estar señalada con anterioridad y que está establecida como delito o falta, como lo señalan los Artículos uno y dos del Código ya relacionado, que no se impondrá pena alguna si la ley no lo hubiere fijado con anterioridad y que no podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto, es nulo lo actuado.

b) Posibilidad de hecho: Es el aseguramiento de la pena, que requiere medidas de coerción para disponer de la detención o prisión preventiva del presunto delincuente, así como el aseguramiento de los bienes sobre los cuales se pueden hacer efectiva las penas pecuniarias, así lo establece el Artículo 257, 259 y 278 del Código Procesal Penal: los cuales señalan que la policía debe aprehender a quien sorprenda en delito flagrante, además se podrá ordenar la prisión preventiva, después de oír al sindicato, cuando medie información sobre la existencia de un hecho punible y motivos racionales suficientes para creer que el sindicato lo ha cometido o participado en él; el embargo de bienes y las demás medidas de coerción para garantizar la multa o la reparación, sus incidentes, diligencias, ejecuciones.

En tal sentido el aseguramiento de la pena se obtiene mediante medidas coercitivas contra el sindicato y para asegurar que comparecerá a juicio.

1.5. Objeto del proceso penal

De la finalidad del proceso penal deriva que su objeto es un hecho humano productor de consecuencias jurídicas, considerado en función del derecho penal y eventualmente, del derecho civil, “No siendo necesario que dicho hecho tenga existencia real, porque precisamente para ello se investigan dentro del proceso; basta que exista como mera hipótesis, no es preciso que dicho hecho hipotético sea realmente delictuoso, basta que como consecuencia de él se pretenda la imposición de una pena, con esto se quiere decir que es suficiente que la punibilidad del hecho, igualmente que su realidad, exista como mera hipótesis, y en dicho caso el juzgador deberá de hacer una operación lógica dentro del proceso, ya sea para darle el trámite correspondiente o desestimarla, para absorber o no el proceso, y para emitir sentencia condenando o absolviendo”⁶.

Un hecho humano, no puede ser objeto adecuado para el proceso penal, no se pretende su consideración en función del Derecho Penal material, vale decir, que de él no se pretende derivar, como consecuencia directa, la imposición de una pena. Por consiguiente, no integran el objeto del proceso penal los hechos de los cuales no se pretende derivar directamente la imposición de una pena, aunque el Juez deba investigarlo y conocerlo para poder juzgar acerca del hecho que le está sometido, hechos de los cuales el juez conoce, pero no juzga.

⁶ Velez Mariconde, Alfredo. **Derecho procesal penal**. Pág. 249.

1.6. Características del proceso penal

Dentro de sus características más comunes podemos identificar las siguientes:

- Jurídicamente visible:

Aunque se lo presente como con figurativo de más de una infracción penal, ya sea como concurso ideal o formal, constituye una unidad jurídico-procesal y como consecuencia de ello no puede constituir el objeto de más de dos procesos, como lo indica el Artículo 17 del Código Procesal Penal, el cual señala que nadie puede ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho (nom bis in idem).

Asimismo, no puede ser materia de más de un pronunciamiento jurisdiccional en el mismo proceso, o sea no procede desestimar la querrela por una de las calificaciones asignadas al hecho y admitirla por la otra; o sobreseer por una calificación y continuar el proceso por otra y absolver para una calificación y condenar a otra. Lo que corresponde en estos casos es que el juez considera que el hecho que se presenta como integrante de dos o mas calificaciones configura un solo delito, es que admita la querrela, desarrolle el proceso y condene por el delito, a su juicio, configurado por ese hecho.

Naturalmente, que estas soluciones no corresponden cuando se trata de delitos en concurso real, como lo indica el Artículo 69 del Código Penal, el cual indica que al

responsable de dos o mas delitos, se le impondrán todas las penas correspondientes a las infracciones que haya cometido a fin que las cumpla sucesivamente; en cuyo caso habría pluralidad de objetos procesales y el pronunciamiento múltiple con relación a cada hecho, esto sería no sólo posible sino imprescindible.

- Jurídicamente Inmutable

Identificado el objeto procesal por el hecho y por la persona imputada, no puede ser sustituido por otro, se trate de sustitución objetiva, de un hecho por otro; o subjetiva, de un imputado por otro y debe de subsistir hasta la conclusión del proceso por desestimación, sobreseimiento o sentencia.

Es punible, durante el desarrollo del proceso, conectar un nuevo proceso, dicha conexión puede ser una conexión subjetiva, así como lo indica el Artículo 55 del Código Procesal Penal; en estos casos, los nuevos objetos procesales serán inmutables hasta la conclusión original asignada al hecho.

- Jurídicamente indisponible:

La aplicación de la ley penal material debe realizarse sobre la base de la verdad y ésta debe investigarse, necesariamente por intermedio del Juez, a quien, por lo

demás, corresponde, en forma exclusiva, la facultad de declarar las consecuencias legales del hecho punible (*nulla poena sine legale iudicio*); en consecuencia los sujetos procesales no pueden variar la forma del proceso, ni pueden decidir, por medio de manifestaciones voluntarias, unilaterales o concurrentes. Vale decir, que “la manifestación del procesado, en la cual se reconozca autor, cómplice o encubridor de un hecho considerado como delito, no tiene los efectos legales de confesión, solamente tendrá esa calidad cuando esté legalmente comprobada y aquella concuerde con sus circunstancias y accidentes; la confesión del procesado no eximirá de que se practique las diligencias prescritas para la averiguación de la verdad legal”⁷.

1.7. Estructura del proceso penal guatemalteco

El análisis que se hará de las fases del proceso penal guatemalteco, contenido en el Decreto 51-92 actual Código Procesal Penal, así también el diseño constitucional de todo proceso penal el cual está estructurado sobre fases, las cuales cumple objetivos específicos.

“Normalmente, existen cinco fases principales. Una primera fase de investigación, preparatoria o instrucción, cuyo cometido principal consiste en la preparación de la acusación o de juicio. Una segunda fase donde se critica o analiza el resultado de

⁷ Oderico, Mario. **Derecho procesal penal**. Pág. 235.

esa investigación. Una tercera etapa plena, principal, que en juicio propiamente dicho. Una cuarta fase en la que se controla el resultado de ese juicio, la sentencia, es a través de distintos medios de impugnación o recursos, y finalmente una Quinta fase, en la que se ejecuta la sentencia que ha quedado firme”⁸.

La organización del proceso no es algo distinto de la vigencia de las garantías y principios básicos; al contrario, muchas veces ellas sucumben ante las reglas de organización procesal. Si todo proceso penal tiene una organización, esa organización responde a una lógica. La lógica de la organización del proceso, no es una mera racionalidad, guiada por principio de eficacia administrativa. La justicia penal no es un proceso de tramitación de expedientes. La lógica procesal es una lógica de tratamiento de conflictos humanos y como tal, está orientada claramente a sus consecuencias prácticas, es decir, a las consecuencias que se producen en la solución o en la redefinición de ese conflicto. Las fases procesales se nutren de su lógica, y las consecuencias sobre el conflicto se miden siempre en términos de intensidad del ejercicio de poder: de allí que siempre se hallen en juego las garantías procesales y volvamos sobre ellas.

El proceso es el camino por medio del cual se llega a dictar una sentencia, previo a probar el hecho por el cual se sigue juicio contra el imputado.

⁸ Binder Barzzisa, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. Pág. 37.

1.7.1. Fase preparatoria

El comienzo del proceso penal es la vida social. El proceso penal comienza por enfrentarse a un hecho social o un conflicto del que se sabe muy poco, las autoridades a quienes el Estado les ha encargado la investigación de los delitos, que en nuestro caso se trata del Ministerio Público, a través de los fiscales, al enterarse de un hecho conflictivo que podría ser un delito o podrá, no serlo.

Así el Código Procesal Penal, en el Artículo seis señala que solo después de cometido un hecho punible se iniciará proceso por el mismo y el Artículo 285 se refiere a la persecución penal la cual señala: El ejercicio de la acción penal no podrá expresamente suspender, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos en la ley. Por lo anteriormente indicado se puede decir que se deberá iniciar un proceso penal dándole el trámite correspondiente a una denuncia, querrela o prevención policial por actos u omisiones calificadas como delitos o faltas, establecidas por una ley anterior a su perpetración.

El conjunto de actividades procesales preparatorias pueden recibir el nombre de: instrucción, procedimiento preparatorio o investigación preliminar o preparatoria; estas pueden ser organizaciones de distintos modos, que dependen de la cercanía o lejanía que tenga el sistema procesal.

En principio, la fase preliminar del proceso penal es una fase de investigación, y esta es una actividad eminentemente creativa por medio de la cual se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre “o sea que de esta actividad se encuentran o detectan los medios que servirán de prueba”⁹.

Los canales por medio de los cuales ingresa la primera información se les denomina actos iniciales del proceso y pueden ser de distinta clase y entre los principales están:

- **Denuncia**

Acto inicial del proceso mediante el cual una persona que tiene noticias de un hecho conflictivo lo pone en conocimiento de alguno de los órganos estatales encargados de la persecución penal, pudiendo ser esta persona alguien que de algún modo se halla involucrado en dicho conflicto o cualquier otra persona que haya conocido el hecho por diversas razones.

“Es el acto por el cual una persona sin ejercitar la acción penal, comunica a la autoridad competente, la noticia que tuviere acerca de la comisión de un delito”¹⁰.

⁹ Binder Barzzisa. **Ob. Cit.** Pág. 89.

¹⁰ Oderico. **Ob. Cit.** Pág. 189.

“Es la manifestación de voluntad con la cual una persona lleva a conocimiento de la autoridad competente la noticia de un delito”¹¹.

Se puede concluir que la denuncia es el acto mediante el cual una persona pone en conocimiento de un órgano estatal competente un hecho antijurídico.

- **Querrela**

Es otro de los modos tradicionales de iniciar el proceso penal, por medio del cual una persona pone en conocimiento del órgano competente la noticia de un hecho antijurídico, en el cual solicita la intervención en el mismo como parte, ya que él es directamente la víctima.

“Es el acto por el cual se ejercita la acción penal por uno o más delitos determinados contra sus indicados autores, ante juez o tribunal competente, proveyendo de los medios de su comprobación y solicitando las medidas asegurativas de las personas responsables y de sus bienes”¹².

“Es el acto por el cual una persona, legítimamente autorizada, ejercitando la acción

¹¹ Devis Echadía, Hernando. **Estudios de derecho procesal**. Pág. 425.

¹² Binder Barzzisa. **Ob. Cit.** Pág. 81.

penal, pone en conocimiento del juez la noticia que tuviere acerca de la comisión de un delito”¹³.

Querrela, es el medio por el cual, una persona pone en conocimiento de un órgano jurisdiccional competente, ejercitando la acción penal, a través de un escrito que llena las formalidades solicitadas por la ley, de un hecho antijurídico, del cual es víctima o la representa, para que sea procesada y castigado el hecho del mismo

- **Prevención policial**

Es el tercer modo de iniciar el proceso penal y es cuando el funcionario o agente policial tiene conocimiento de que un hecho antijurídico perseguible de oficio, lo investigará y pondrá en conocimiento del Ministerio Público.

“Se da cuando los órganos de persecución penal toman noticia directa de un supuesto hecho delictivo, y comienzan la investigación preventiva de oficio, bajo las órdenes de algunos de los órganos principales de la persecución penal”¹⁴.

Ésta es cuando el funcionario público tiene conocimiento de la comisión del ilícito.

¹³ Oderico. Ob. Cit. Pág. 93.

¹⁴ Binder Barzzisa. **Ob. Cit.** Pág. 264.

Al respecto la Constitución Política de la República de Guatemala, regula la excepción en torno a que ninguna persona puede ser detenida o presa sino por causa de delito o falta, en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente, se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. (Artículo 6 de la Constitución Política de la República de Guatemala).

1.8. Fase intermedia

El procedimiento intermedio, se encuentra ubicado en el tiempo entre la etapa preparatoria y el juicio, como su nombre lo ilustra. Su razón es la de que el Juez controle el fundamento del requerimiento del Ministerio Público con objeto de no permitir la realización de juicios defectuosos y fijar en forma definitiva el objeto del juicio.

El objeto de la etapa intermedia es la evaluación de la investigación preparatoria realizada por el Ministerio Público, para determinar si existe o no fundamento para someter a una persona a juicio por existir probabilidad de su participación en el hecho, o al contrario, examinar otra forma conclusiva del procedimiento que formule el mismo.

La investigación que se ha llevado a cabo a lo largo de la fase preliminar, se ha acumulado en un conjunto de información que servirá para determinar si es posible someter a una persona determinada, a un juicio. La fase intermedia se fundamenta

en la idea de que los juicios deben ser preparados convenientemente y se debe de llegar a ellos luego de una actividad responsable y objetiva por parte del ente investigador, siendo una de las características principales del juicio ser público, lo cual implica que el imputado o acusado pueda defenderse de la acusación en un proceso abierto y el cual puede ser conocido por cualquier ciudadano.

La publicidad implica una garantía en la estructura procesal de un proceso correctamente estructurado, la cual tiene que garantizar que la decisión de someter a juicio al imputado o acusado no sea apresurada, superficial o arbitraria.

La fase intermedia cumple la función de discusión o debate preliminar sobre los actos o requerimientos conclusivos de la investigación. Es un período de discusión bastante amplio e importante de la estructura general del proceso. Desde el punto de vista sustancial, la fase intermedia consiste en una discusión preliminar sobre las condiciones de fondo de cada uno de los actos o requerimientos conclusivos.

En esta etapa, se regula dos tipos de audiencias distintas según los fines de la misma. Por un lado, la audiencia para evaluar la acusación y la solicitud de apertura a juicio y por otra, para evaluar las otras formas conclusivas del procedimiento que formule el Ministerio Público. Esta es una etapa decisiva para saber si el procesado comparecerá a juicio oral y público.

1.9. El fiscal del Ministerio Público

Podrá solicitar la acusación por procedimiento común o por procedimiento específico; si el juez, decide admitir la acusación, se dictará el “auto de apertura a juicio”, siendo esta la decisión propia de dicha fase.

El auto de apertura a juicio es la decisión judicial por medio de la cual se admite la acusación, se acepta el pedido del fiscal de que el acusado sea sometido a un juicio público. Como decisión judicial el auto de apertura a juicio cumple una función de gran importancia; el Juez debe tomar una determinación de cual será el contenido preciso del juicio, delimitando cual será el objeto; debiendo de determinar cual será el hecho justificable; porque existe un principio garantizador, ligado al principio de defensa, según el cual a sentencia que se dicte luego del juicio sólo podrá versar sobre los hechos por los cuales se ha abierto a juicio.

Asimismo el Fiscal del Ministerio Público: Podrá solicitar el sobreseimiento, es decir es el pedido de que la persona imputada sea absuelta sin juicio, porque de la sola investigación preliminar surge la certeza de no haber sido la autora del hecho punible, o bien que ese hecho punible no ha existido en realidad; también la clausura provisional, criterio de oportunidad o un procedimiento específico (procedimiento abreviado).

El Código Procesal Penal, no define claramente la forma en que se deben llevar a cabo las audiencias que puedan tener lugar en el procedimiento intermedio, el Juez debe tener en cuenta la naturaleza de las mismas, la facultades que se otorgan a las partes y que la reforman y hacer relación a medios de investigación.

Aquí se fija un término para el desarrollo de este procedimiento, se estableció que cada parte debe tener en el mismo a fin de cumplir con su objetivo. En la audiencia deben tener desarrollo los principios que orientan la audiencia del debate, es decir la inmediación, la contradicción, la continuidad, etc. y de la misma debe levantarse un acta que contenga en forma resumida lo allí desarrollado.

Siendo el procedimiento intermedio una garantía y un derecho del imputado en cuanto se evalúa la procedencia o no de su sometimiento a juicio, el mismo es renunciable por el acusado, en forma expresa o tácita:

a) En la audiencia para analizar la acusación formulada, el juez en la primera audiencia verificará la presencia de las partes, si sólo concurre el Ministerio Público el juez decidirá con base en la acusación formulada y los medios de investigación presentados.

Verificada la presencia de todas las partes, (la parte civil y querellante, deben

de haber pedido por escrito que se les admita como tales); el juez declarará abierta la audiencia, explicando su naturaleza, exponer brevemente que con los medios de investigación realizados, existe la probabilidad de que el imputado haya participado en la comisión del hecho punible del cual se le acusa y por lo tanto existe fundamento para someterlo a juicio oral y público.

Seguidamente le dará la palabra al Ministerio Público, para que fundamente su pretensión, por medio de los medios de investigación realizados, acreditando con ello la existencia del delito y todos y cada uno de los elementos que lo integran, con lo cual se permita hacer la adecuación jurídica del mismo; oído el Ministerio Público, se le concederá la palabra al imputado y a su defensor, quedando en la palabra ambos o solo el defensor, quienes indicarán los vicios formales de la acusación, planteando las excepciones u obstáculos, es decir causales objetivas de improcedencia (incompetencia, falta prejudicialidad); pudiendo objetar el requerimiento hecho por el Ministerio Público con base en que los medios de investigación realizados no establecen la existencia del delito o no está probada la causal de justificación del hecho o no se acredita la probabilidad de la participación del acusado en el hecho y que en sentido contrario, éstos indican que el imputado no lo cometió y por lo tanto se le otorgue un sobreseimiento, o una clausura si no hay mérito para abrir el juicio, pero tampoco para el sobreseimiento. Aquí también el imputado podrá oponerse a la constitución definitiva del querellante y de las partes civiles.

Seguidamente si se hubiere acreditado otras partes (querellante y parte civil), por no existir oposición a su constitución o no haber prosperado las mismas, se les concederá la palabra para que sustente sus pretensiones. Concluidas las exposiciones y presentaciones de los medios de investigación, el Juez deberá resolver en forma inmediata o diferir su decisión por veinticuatro horas, por la complejidad del asunto no le fuere posible fallar inmediatamente. Admitirá la acusación con las correcciones de forma que estime pertinentes, las cuales hará constar en el acta y dictará la apertura a juicio, debiendo el Juez citar a las partes para que comparezcan al juicio al tribunal competente y señalen lugar para recibir notificaciones y ofrezcan prueba.

b) La audiencia para resolver otras peticiones del Ministerio público, se desarrollará con las misma formalidades que la audiencia para examinar la acusación y la petición ha apertura a juicio, debiendo de resolverse con base en todos los medios de investigación realizados por el Ministerio Público; pudiendo aquí el Juez resolver por un sobreseimiento, archivo provisional o un criterio de oportunidad.

1.10. Fase del juicio oral penal

Es la fase plena y principal del proceso penal, porque es allí donde se resuelve o redefine de modo definitivo el conflicto que da origen al proceso, este carácter definitivo resulta sumamente importante para comprender la lógica del juicio oral, expresándose en la instancia única que le es propia; eso significa concretamente

que el juicio oral es mucho más estricto y más preciso en cuanto a las reglas de producción de la prueba; requiriendo una mayor preparación. “En el juicio oral deben coincidir tanto en el tiempo (simultaneidad) como en el espacio (contigüidad) una serie de personas y de cosas que son las que le darán contenido y vida el juicio”¹⁵.

Dentro de esta fase se darán varias etapas, siendo la primera:

1.10.1. Preparación del debate

Es la primera fase del juicio oral, cuyo cometido consiste en la preparación de todos los elementos del debate, es la depuración final de todas aquellas circunstancias que pudieran nulificarlo o tornarlo inútil, aquí se integra el tribunal, se debe de ofrecer la prueba, o sea es la etapa de organización del juicio. La importancia final o el contenido preciso de esta etapa de organización del juicio. La importancia final o el contenido preciso de esta etapa se hallan en estrecha relación con la fase intermedia del proceso.

La primera actividad de la preparación del juicio, consiste en la integración del tribunal, es decir, en la determinación concreta y anticipada de los jueces que resolverán el caso; esto implica por parte de los sujetos procesales de la posibilidad

¹⁵ Binder Barzzisa. **Ob. Cit.** Pág. 125.

de plantear recusaciones, es decir, incidente de separación de todos o algunos de los jueces del caso, fundados en el temor de parcialidad.

La segunda actividad de la preparación del debate es de gran importancia, ya que aquí es el ofrecimiento de prueba, la cual consiste en el señalamiento concreto de los medios de prueba que utilizarán los sujetos procesales para corroborar sus distintas hipótesis.

El tribunal analizará tal ofrecimiento y preparará su producción futura; si la prueba no es susceptible para llevarse a cabo en el debate, el juez puede ordenar su producción anticipada, siguiendo la regla del anticipo de prueba; así mismo el tribunal tiene un poder de investigación discrecional sobre el ofrecimiento de prueba. Si se ha ofrecido prueba y ésta es rechazada por el tribunal por ser inútil, impertinente, superabundante o ilegal. Debiendo de ser utilizado este poder discrecional de investigación por parte del tribunal en una forma adecuada y con precaución, porque se halla en juego las garantías de la defensa en juicio. El tribunal tiene la facultad de programar prueba de oficio, cuando considere que no se ha ofrecido un medio de prueba importante para la investigación.

La tercera actividad de la preparación del debate consiste en la posibilidad de unir, separar o dividir el juicio, según las modalidades del caso; el tribunal puede ordenar

el debate, ampliándolo hacia casos conexos o dividiéndolo según los hechos separables; así mismo existe otra forma de dividir el debate que se conoce con el nombre de cesura del juicio penal, siendo esta un mecanismo procesal que permite dividir el debate en dos partes, una dedicada al análisis de la existencia del hecho y el discernimiento de la culpabilidad y la otra dedicada a la determinación o individualización de la pena.

Finalmente el tribunal fijará lugar, día y hora para la iniciación del debate, ordenando la citación de todas aquellas personas que deban de intervenir en él.

1.10.2. Fase del debate

El juicio propiamente dicho principia en la fase del debate, siendo éste el momento central del proceso penal y por el cual se llegará a una sentencia; en esta fase del proceso se busca la intervención directa de todos los protagonistas para que el tribunal de sentencia conozca las exposiciones de los sujetos procesales y de sus respectivos medios de prueba propuestos. Dentro de esta fase del debate se tendrá que aplicar los principios fundamentales, los cuales son: de oralidad, publicidad, continuidad, identidad, de defensa, debido proceso e inmediación.

El derecho procesal penal guatemalteco, se ha modernizado y ha dejado la forma caduca del sistema inquisitivo que daba lugar para que por cuestiones políticas se condenara a personas sin haber la prueba suficiente.

CAPÍTULO II

2. Derechos, principios y garantías en el proceso penal

Los derechos, principios y garantías procesales y constitucionales, dan lugar para que no se violen los derechos humanos y el procedimiento que se sigue contra el imputado; éstos dan los lineamientos al juzgador para observar la equidad y la justicia.

2.1. Consideraciones generales

Los derechos, principios y garantías relativos al proceso penal son el soporte de la seguridad jurídica: no es en vano la definición que a su sentido lato se le otorga a las garantías al decir Luigui Ferrojoli: “El conjunto de seguridades jurídico institucionales deparadas al hombre. Las garantías existen frente al Estado en cuanto son medios o procedimientos que aseguran la vigencia de los derechos”¹⁶.

2.2. Garantías

“Tras la segunda guerra mundial y posteriores a esos momentos históricos, interrogantes para instaurar un nuevo orden político y social y la constitución aparece como el mecanismo viable para positivizar los derechos fundamentales de

¹⁶ Luigui, Ferrojoli, **Derecho y razón**. Pág. 13.

la persona. Y dentro de éstos, una tutela de garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial”¹⁷.

Alfonso Noriega, señala que las garantías “son derechos naturales, inherentes a la persona, en virtud de su propia naturaleza de las cosas, que el Estado debe reconocer, respetar y proteger, mediante la creación de un orden jurídico social, que permite el libre desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia y natural vocación, individual y social”¹⁸.

Fix Zamudio sostiene que “solo pueden estimarse como verdaderas garantías los medios jurídicos de hacer efectivos los mandatos constitucionales”¹⁹.

A las garantías también se les ha denominado “El conjunto de seguridades jurídico institucionales deparadas al hombre. Estas existen frente al Estado, en cuanto son medios o procedimientos que aseguran la vigencia de los derechos”²⁰.

2.2.1. De presunción de inocencia

Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado responsable en sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada. Este principio constitucional,

¹⁷ Pico, Junoy Joan, **Las garantías constitucionales del proceso**. Pág. 17.

¹⁸ Universidad Autónoma de México, **La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917**. Pág. 85.

¹⁹ Fix, Zamudio H. **La protección procesal de los derechos humanos**, pág. 274.

²⁰ Bidart Campos, German. J. **Tratado elemental de derecho constitucional argentino**. Pág. 622.

violado tradicionalmente en la práctica judicial, evidencia la distancia entre las normas fundamentales y la realidad.

“El problema de uso excesivo de la prisión con la grave serie de efectos negativos que produce, ha tenido siendo señalado con insistencia por las Naciones Unidas y por numerosos foros criminológicos y de derechos humanos”²¹.

La imputación o acusación no es más que una sospecha, una posibilidad, una duda, aunque esté debidamente fundada. El haber estado sometido a otro u otros procesos penales o tener antecedentes de inocencia la posee cualquier persona antes del proceso hasta dictarse sentencia firme ejecutoria, inspira esta garantía el principio de onus probando en el sentido de que el proceso es el único mecanismo legítimo y válido por parte del Estado para poder destruir esa sagrada presunción, es el Estado quien se encarga de prueba, y al procesado no le corresponde probar su inocencia; el proceso se convierte en garantía cuando es debidamente respetado y cumplido por los órganos judiciales, un proceso mal encaminado que no respeta la presunción de inocencia más que la garantía viene a convertirse en un castigo precipitado y adelanto para cualquier persona importando o no si es inocente.

Por medio de la acusación se pretende probar la tentativa o consumación de un hecho punible, para que el órgano jurisdiccional que conoce, lleve a juicio público al imputado.

²¹ Carranza, Elías. **Sistema penitenciario y alternativa a la prisión en América Latina y el Caribe**. Pág. 56

2.2.2. Debido proceso

El proceso penal sigue siendo el único medio o instrumento lógico jurídico, necesario e indispensable y legalmente establecido que posee el Estado para poder desvirtuar la presunción de inocencia toda vez que al individuo no le corresponde probarla sino al Estado desvirtuar esa presunción o como le llaman muchos autores ese precioso Estado. Pero el proceso penal se convierte en garantía cuando sus preceptos deben ser cumplidos a cabalidad por las partes que intervienen en él aún por el Estado que tiene toda la obligación de descubrir la verdad, de un hecho y ejercer la acción penal.

El proceso penal es también, un instrumento al servicio de los derechos de las personas, por lo cual era urgente y necesario en nuestro país adecuarlo a los postulados y propósitos del movimiento democratizador iniciado en 1985.

El principio de que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes y por la imputación de un acto calificado por la ley anterior al hecho como delito o falta, ante tribunal competente y con observancia de las formas establecidas, existía ya en el Código Procesal Penal que se derogó y en la Constitución de 1985; pero los 15 años de gobierno de escasa o ninguna legitimidad y de los golpes de Estado, las prácticas y formas procesales no pudieron reflejar la ausencia de valores democráticos y de respeto a los derechos humanos. Por medio de este principio se asegura que el imputado tendrá un juicio justo y que la sentencia que se dicte será regida a derecho.

2.2.3. Independencia judicial

Esta es la garantía que va a otorgar una independencia, imparcialidad y objetividad de las instituciones que intervienen en un sistema acusatorio dentro de un marco democrático, participativo y liberal para que entre otras cosas se interprete de la mejor manera para el sindicado -favor rei- y si el juez en caso de dudar sobre la participación o responsabilidad del proceso resuelva siempre a su favor -in dubio pro reo- y así también darle al sindicado mayor garantía de un juicio limpio.

Según el diccionario de la lengua española es independiente el que no tiene dependencia, siendo la dependencia la subordinación a un poder mayor; depender significa estar subordinado a una autoridad o jurisdicción y es dependiente el que depende, el que sirve a otro subalterno de una autoridad.

“Con la revolución francesa se asienta la idea de la soberanía del pueblo y de ella emana todos los poderes, de donde habían de desaparecer todas las múltiples y variopintas jurisdicciones entonces existentes, cediendo ante un único poder judicial. Al propio tiempo era preciso acabar con la compra de los oficios judiciales”²².

En otro orden de consideración se reconocía la primacía de la ley por tal motivo los jueces tenían que limitar su función a ser una mero instrumento que dicta la ley, así

²² Moreno Catena, Víctor, **Introducción al derecho procesal**. Pág. 46

pues el juez venía obligado a aplicar la norma al caso concreto de un modo puramente mecánico a diferencia de la arbitrariedad de los jueces del antiguo régimen. Sin embargo, el sometimiento a la ley lleva aparejada, en el moderno Estado constitucional, la independencia del juzgador, luego de un trabajoso encaje a todo lo largo del siglo XIX. Esta función de aplicación concreta de la ley es realizada por los magistrados que no forman parte del aparato administrativo del Estado, sino un cuerpo independiente que ejerce la función judicial y que se convierte en un instrumento destinado para asegurar los derechos individuales. Por un lado los ciudadanos se encuentran dotados de derechos, la ley es la encargada de asegurar su eficacia a través del ejercicio de la función jurisdiccional encomendada al poder judicial, es por eso que la base sobre la que descansa la función jurisdiccional es su independencia.

El fundamento de la independencia se encuentra en la necesidad de asegurar la sumisión del Juez a la norma y para lograr este objetivo, es preciso asegurar que el Juez no esté sometido a orden o indicación de clase alguna que pudiera apartarse de la estricta aplicación de la ley.

2.2.4. Defensa

El derecho de defensa, consiste en que nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos sin haber antes sido citado, oído y vencido en un proceso judicial. Principio que está consagrado en la Constitución Política de la República de

Guatemala y en el Decreto Número 51-92 del Congreso de la República.

La persona sometida a proceso penal cuenta desde la primera actuación en su contra, hasta el cumplimiento de la condena, con un conjunto de facultades y deberes que le permiten conocer plenamente todas las actuaciones judiciales y contar con una defensa técnica oportuna. El proceso no es un castigo ni una pena, ser imputado no significa culpabilidad sino que la persona será juzgada por la posible comisión de un hecho con apariencia delictiva. El encausado es el sujeto pasivo de la acción penal del Estado, aquél en contra de quien se dirige la acusación, lo cual no impide que el proceso penal se encargue también de su protección.

La dignidad del proceso y el respeto de sus derechos humanos quedan debidamente protegidos y por ende no será sometido a ninguna clase de fuerza, coacción, amenaza, violación o promesa, ni podrá utilizar medios que influyan sobre la libertad de determinación; quedan prohibidos los malos tratos, la utilización de drogas, las torturas y cualquier vejamen. Por ello la policía, solo podrá dirigirle preguntas para contestar la identidad.

El servicio de defensa penal es la institución que equilibra el otorgamiento de la investigación penal del Ministerio Público. El objeto esencial de esta novedosa institución es garantizar la defensa en juicio penal. La naturaleza de los bienes jurídicos individuales en juego provoca que el procesado deba ser asistido

únicamente por profesionales del derecho, un abogado colegiado activo, quien al ejercer la función para ser órgano auxiliar de la administración de justicia de proteger los derechos de su defendido.

El derecho de defensa se deriva de la obligación de notificar la acusación y toda actuación judicial a las partes y en especial al sujeto pasivo del proceso penal, que debe conocer todo hecho y circunstancia del que pueda devenir la declaración de su responsabilidad.

El derecho de defensa implica:

- Ser advertido del hecho que se imputa y de sus circunstancias, del derecho a asistirse de abogado, de abstenerse de declarar y de notificar a un familiar cercano de detención.
- Declarar voluntariamente las veces que se quiera y guardar silencio si así se desea.
- Hacer señalamientos en todos los actos del proceso.
- Presentar pruebas e impugnar resoluciones.
- Examinar y rebatir la prueba.
- Conocer la acusación, formular alegatos y defensas.
- Contar con asistencia técnica oportuna.

Los actos esenciales del defensor son:

- Asistir y participar en los actos procesales en los que se recaben elementos de prueba a fiscales de jueces.
- Sugerir elementos de prueba a fiscales y jueces.
- Controlar el desarrollo del proceso y de la prueba.
- Impulsar el respeto de las garantías constitucionales de defensa que protegen al imputado.
- Impulsar la libertad de su defendido en caso de haberse decretado prisión provisional.
- Interpretar la prueba y el derecho conforme las necesidades de la defensa.
- Presentar alegatos y defensas contra la acusación, interrogar y contra interrogar a los testigos, peritos y partes.
- Impugnar las resoluciones judiciales que se afecten a su defendido.

El defensor es un asistente técnico directo del imputado y aunque habrá de guiarse por los intereses de éste, debe impulsar la efectividad de las garantías procesales, la independencia del Organismo Judicial, no complicar y tergiversar el proceso ni recurrir a consejos inmorales, ya que su papel es colaborar con el debido proceso y la realización de la justicia.

2.2.5. Principio de concordia

El derecho es un sistema para guiar las conductas y para resolver disputas. Históricamente las atribuciones de los jueces han sido numerosas y heterogéneas,

Pero dos son esenciales:

- a) Decidir mediante sentencia las controversias y situaciones jurídicas sometidas a su conocimiento y
- b) Contribuir a la armonía social mediante la conciliación o avenimiento de las partes en los casos en que la ley lo permite.

Tradicionalmente, en el Derecho Penal, la concordia o conciliación entre las partes, es posible únicamente en los delitos privados. Las exigencias y necesidades del Derecho Penal moderno han llevado a la consideración y revisión de los planteamientos que impedían tal actividad en los delitos públicos de mediana, poca o ninguna incidencia social. De tal manera que la falta de peligrosidad del delincuente, así como la naturaleza poco dañina del delito llevaron a plantear la posibilidad del avenimiento entre las partes como satisfacción del interés público; por otra parte, incluyó la necesidad de resolver conflictos penales y proteger a las víctimas.

En los casos de conversión y de delito no grave, cuando el sindicado y los agraviados lleguen a acuerdos sobre las responsabilidades civiles y a compromisos para evitar recíprocamente ofensas o molestias, el Ministerio Público puede disponer de la acción penal y el tribunal autorizar la decisión del órgano acusador.

La nueva legislación procesal, siguiendo las corrientes modernas de la ciencia

penal, crea la facultad de disposición sobre la acción penal en delitos públicos leves, bajo control jurisdiccional. Fiscales y jueces pueden propiciar el entendimiento e impulsar acuerdos entre el imputado y los agraviados.

Esta serie de disposiciones de desjudialización pretende buscar soluciones sencillas a los casos de menor trascendencia y promover, aceptar o propiciar acuerdos vigilados y controlados por los jueces, sobre los conflictos problemas y daños surgidos por delitos no graves. Esta figura intermedia entre un compromiso arbitral, un contrato de transacción y una conciliación judicial tradicional, puesto que procede en tres fases:

- Avenimiento de la partes con la intervención de fiscal o del juez;
- Renuncia, suspensión o modificación de la acción pública por parte del órgano representativo de los intereses sociales y
- Homologación de las disposiciones de la acción penal por el juez.

Esta nueva función busca también fortalecer el orden, la paz y la concordia entre los individuos. Promueve el sano espíritu del diálogo y la comunicación como un alto valor social y como una forma de resolver conflictos. Para aprobarlos, los jueces deben examinar, comparar y analizar los hechos y derechos que motivan una actuación concreta. Presupone que la jurisdicción se ejerza por personas de altura moral, conocedores del medio social y cultural, todo lo cual afirma el prestigio y la autoridad del poder judicial y por ende del Estado de derecho.

2.2.6. Principio de eficacia

Como resultado de la desjudicialización y de la introducción de la concordia, en materia penal, el Ministerio Público y los tribunales de justicia podrán dedicar esfuerzos y tiempo en la persecución y sanción de los delitos que afectan a la sociedad.

Es importante para el desenvolvimiento normal y pacífico de la vida nacional, la recuperación de la confianza en la ley y en su cumplimiento. El aumento de la delincuencia daña la moral pública, afecta la estabilidad política y amenaza la seguridad ciudadana y hasta ahora, la falta de una política criminal democrática produjo la ausencia de medidas que permitieran diferenciar el interés del Estado, de la sociedad y de los particulares en las distintas clases de delitos. No es lo mismo un crimen que la afección leve de un bien jurídico tutelado.

La división entre delitos y faltas ya es insuficiente. Muchos delitos públicos no lesionan directamente a la sociedad y el gran número de procesos que propician constituyen una avalancha de trabajo que solo ata la función judicial y además impide la atención a los asuntos de trascendencia.

La fijación de prioridades obliga:

- A los fiscales: darle preferencia a la investigación y acusación de delitos

graves a impulsa medidas de desjudialización cuando procedan;

- A los jueces: resolver, mediante mecanismos abreviados, los casos menos graves y esforzarse en el estudio, análisis y dirección de los procesos por delitos de mayor incidencia.

2.2.7. Principio de celeridad

El espíritu del nuevo código que impulsa la tramitación expedita y sin pérdida de tiempo en el proceso penal todo esto sin sacrificar la tutela jurídica efectiva de los derechos procesales, las resoluciones y diligencias en las que no se fijen términos implican que han de dictarse o realizarse inmediatamente, el Artículo 323 del Código Procesal Penal señala que el Ministerio Público deberá dar término al procedimiento preparatorio lo antes posible, procediendo con celeridad que el caso requiera.

Sin embargo, existen hechos delictivos en que la dificultad para recabar los medios de prueba por razones de distancia, cantidad, justifican lapsos que el legislador considera, debido a lo cual se determina en el referido Artículo que después de tres meses a partir del auto de procesamiento del imputado, el Ministerio Público formulará la acusación y pedirá la apertura del juicio.

El objetivo es fijar un plazo máximo de tres meses para los casos más difíciles de investigar o con abundante y dispersa prueba y por lo mismo, en la mayoría de

procesos debe agotarse la fase preparatoria sin dilación.

La fase intermedia, que da inicio con la acusación del Ministerio Público y termina con la remisión de actuación a la sede del tribunal competente para el juicio oral, está organizada para ser resuelta, en un plazo de quince días y mientras que la fase del debate es de corta duración, pues se confieren seis días a las partes para que interpongan las recusaciones y excepciones fundadas sobre nuevos hechos, y una vez resuelto los incidentes referidos, se conceden ocho días para que presenten la lista de testigos, peritos e intérpretes y señalen los hechos acerca de los cuales serán examinados durante el debate.

En un plazo de quince días deberá señalarse día y hora para el debate. Dichos plazos no violan el principio de celeridad señalado porque están conferidos a favor de la defensa ya que, como se ve, se otorgan para que planteen cuestiones previas y pruebas, así como para conocer la acusación y preparar argumentos a presentar oralmente.

2.2.8. Principio de sencillez

Las formas procesales deben ser simples y sencillas, los jueces deben evitar el formalismo, la valoración de los actos procesales se hace con arreglo a su validez, eficacia, admisibilidad y fundabilidad. La significación del proceso penal es de tanta

trascendencia que las formas de su realización deben ser simples y sencillas para expeditar dichos fines al tiempo que se asegura la defensa y se dan a conocer los pasos que deben seguirse para llegar a la decisión judicial. Los actos procesales deben observarse ciertas formas y condiciones mínimas previstas, pero su inobservancia a los defectos pueden ser subsanados de oficio o solicitud de parte. Cuando se habla de actos procesales defectuosos, la subsanación puede hacerse de la siguiente manera:

- Aceptación tácita por falta de protesta oportuna del error;
- Realización del acto omitido;
- Renovación del acto.

Los defectos que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución y los Tratados Internacionales ratificados por el Estado, así como los relativos a las formas que la ley establece para la intervención, asistencia y representación del imputado provocan la invalidez del acto. En consecuencia su subsanación implica siempre la renovación si es posible. No se puede retrotraer el proceso a clases ya reclusas, salvo si existe disposición legal que señala de manera expresa lo contrario.

2.2.9. Principio favor rei

Este surge como consecuencia del principio de inocencia el juez deberá favorecer al

procesado en caso de duda y por tanto cuando no pueda tener una interpretación unívoca o certeza de culpabilidad deberá decidir a favor de éste. El punto de partida o propósito esencial de todo proceso penal moderno es garantizar que no se condene a inocentes. Guissepe Bettioli señala “que el principio favor rei, conocido más en nuestro medio como in dubio pro reo, es básico de toda legislación procesal y que no puede haber Estado auténticamente libre y democrático si no se acoge este postulado”²³.

Este principio fundamenta las siguientes características del derecho procesal penal y desde luego del Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala:

- La retroactividad de la ley penal cuando favorezca al reo;
- La reforma in peius. Cuando es el procesado el único que impugna una resolución o el recurso se interpone en su favor, la decisión del tribunal de mayor jerarquía no puede ser modificada ni revocada en perjuicio del reo, salvo que los motivos se refieran a intereses civiles cuando la parte contraria lo haya solicitado;
- La carga de la prueba. La obligación de probar, está a cargo del Ministerio Público. Ante la duda del juez sobre un hecho constitutivo, modificativo o imperativo de la pretensión penal del órgano acusador o del querellante adhesivo deberá resolver a favor del procesado.
- Cuando es incierto el hecho o existe duda sobre la participación o responsabilidad del procesado, nunca podrá tener lugar una sentencia de condena, en este caso el

²³ Guissepe, Bartonlino, **Instituciones del derecho penal y procesal**, Pág. 262.

Juez absolverá porque la dubitación favorece al reo. La sentencia condenatoria únicamente procede si hay certeza de culpabilidad. Pedro Bertolino, afirma que favor rei puede definirse como “una regla para el conocimiento judicial, que impone una disposición de ánimo para ser aplicado favorablemente al procesado en un grado de certeza suficiente para destruir el estado de inocencia”²⁴.

- No hay interpretación extensiva ni analógica de la ley sustantiva penal;
- En materia procesal es posible la interpelación extensiva y analógica cuando favorezca la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades:
- El favor rei constituye una regla de interpretación que obliga, en caso de duda, a elegir lo más favorable al imputado;
- No se impondrá pena alguna sino fundada en prueba que demuestre el hecho y determine la culpabilidad.

2.2.10. Principio favor libertatis

En Guatemala, con el Decreto 51-92 del Congreso de la República se inicia un proceso de humanización y modernización de la jurisdicción penal, en consecuencia se plantea una visión distinta con relación a la prisión provisional, utilizada anteriormente, en la mayoría de los casos, como una forma de venganza anticipada individual o social, o como forma de coacción para obtener una conducta esperada

²⁴ Bertolino. **Ob. Cit.**. Pág. 160.

por interés particular. La tradición de la prisión provisional es reflejo de la represión y el despotismo de la sociedad en latinoamérica.

Principios universales de la cultura, humanismo y dignidad así como el desarrollo de la democracia, demandan la limitación de esta medida. Por ello, el Artículo 14 del Código Procesal Penal establece que las medidas que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus derechos serán interpretados. Mientras que el Artículo 259 los determina absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso.

Por otra parte, el Artículo 261 manda que esta medida excepcional no puede dictarse en los delitos sancionados con penas distintas a la privación de la libertad.

El favor libertad, como puede deducirse busca:

- La graduación del auto de prisión y en consecuencia, su aplicación a los casos de mayor gravedad cuando por las características del delito pueda preverse que, de no dictarse, el imputado evadirá la justicia o afectará la investigación. Es decir, reduce la prisión provisional a una medida excepcional que asegura la presencia del imputado y la realización del proceso.
- Cuando es necesaria la detención o prisión provisional, los procesos deben encaminarse a la rápida restitución de la libertad de imputado.

- La utilización de medios sustitutivos de prisión.

Justifican el favor libertatis: Los principios de libertad, inocencia y favor rei. Las consecuencias deplorables que la prisión provisional genera sobre la sociedad, el imputado y la familia de éste, a quienes prácticamente extiende el sufrimiento y todo ello sin que exista condena. Las incidencias morales y psíquicas negativas que producen en el imputado. De acuerdo al nuevo código, la prisión preventiva deja de ser la regla general, pero la libertad del procesal está subordinada a otras medidas que aseguran su comparecencia en el juicio.

2.2.11. Principio reparación civil

La búsqueda de la superación de las consecuencias dañinas del delito excede ya la imposición de la pena, de suerte que el derecho procesal penal moderno establece mecanismos para permitir en el mismo proceso penal la reparación de los daños y prejuicios provocados al agraviado por el hecho criminal. En el estado de derecho la posibilidad de acceder a la reparación proveniente del delito debe ser cierta y no letra muerta de la ley, por ello es que la sociedad asume como trascendente la reparación. Hasta ahora, los agraviados por el delito habían sido marginados de la justicia penal.

La acumulación de la acción civil no es consecuencia sólo de razones de economía procesal; debe quedar claro que el ejercicio de la acción civil en el procedimiento

penal se limita estrictamente a la reparación del daño, de ahí que ésta acción sea accesoria de la penal, si ésta se suspende o no procede, se suspende y tampoco procede la civil, ante los tribunales el actor civil podrá reservarse el derecho de promover su demanda civil ante los tribunales del ramo, pero cuando ha sido planteada en el proceso penal sólo podrá retirarla antes del debate, porque después de éste, la sentencia deberá resolver la cuestión civil válidamente introducida.

En conclusión los principios y garantías constitucionales se ha creado para que el proceso sea transparente y no se perjudique a ninguna de las parte sea el sujeto activo o el sujeto pasivo de la acción penal.

CAPÍTULO III

3. Empleado público y funcionario público

Existen diferencias ente el funcionario público y el empleado público. El primero es el nombrado para ejercer funciones de dirección o el electo por el voto popular; el segundo es el que está bajo la jerarquía del funcionario público.

3.1. Relación funcional o servicio civil

Para poder definir al empleado y funcionario público guatemalteco se debe hacer mención a su relación de dependencia con el Estado, el Licenciado Hugo Haroldo Calderón Morales señala al respecto definiendo a la relación funcional como:

“El vinculo jurídico laboral que une al Estado con los particulares que pasan a formar parte del servicio civil desde el momento que se inician en el ejercicio del cargo hasta la entrega del mismo”²⁵.

El Artículo 113 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que los guatemaltecos tienen derecho a optar a empleos o cargos públicos y para su otorgamiento no se atenderá más que a razones fundadas en mérito de capacidad, idoneidad y honradez.

²⁵ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo I**, pág. 137.

“Para pertenecer al Servicio Civil se dan varios sistemas entre los que menciona el citado autor”²⁶:

- Ingreso libre: Es aquel que establece que todo ciudadano puede ingresar al servicio público.
- Ingreso por selección: Cuando el ciudadano previo a ingresar al servicio civil debe someterse a exámenes de oposición.
- Ingreso Mixto: Es aquel en el cual todos los ciudadanos tienen derecho a ingresar al servicio civil siempre y cuando demuestren capacidad para el ejercicio del cargo mediante exámenes.

“Dentro de la legislación guatemalteca, existen varios tipos de nombramientos o designación de cargos dentro de los que se puede mencionar los siguientes.”²⁷

- Por elección

Donde se sitúa al Presidente y Vicepresidente, Alcalde, Rector de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Decanos de la diferentes Facultades de la Universidad de San Carlos de Guatemala, entre otros.

²⁶ Calderón Morales, Hugo Haroldo, **Ob. Cit;** pág. 140.

²⁷ **Ibid.**, pág. 140 .

- Por nombramiento

Se da cuando el superior jerárquico del órgano administrativo, tiene la facultad de nombrar a los subordinados y en este caso existen varias modalidades:

- Nombramiento discrecional: Este se da cuando el superior jerárquico (funcionario), puede hacer el nombramiento, observando nada más que los requisitos legales que debe cumplir para el otorgamiento del cargo.
- Nombramiento condicionado: Es cuando normalmente queda a condición el nombramiento de una persona entre varios candidatos.
- Nombramiento reservado: Toma en cuenta la carrera administrativa y el sometimiento obligatorio al examen de oposición que regula la Ley del Servicio Civil.
- Por contrato: Se verifica normalmente por consultorías, generalmente profesionales y técnicos, por tiempo definido o por trabajos específicos y al finalizar el tiempo o contrato la relación laboral finaliza. Aquí se contrata en base a honorarios profesionales.

“En Guatemala los empleados o funcionarios públicos se han clasificado doctrinariamente en”²⁸:

²⁸ **Ibid.**; pág. 141.

3.1.1. Funcionarios públicos superiores

Son los encargados de gobernar y tomar decisiones de carácter político y además son los superiores jerárquicos de la administración y en el caso del Presidente de la República ejerce una doble función como superior jerárquico de la administración pública y como jefe de Estado.

Según el Artículo 182 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: presidencia de la República e integración del Organismo Ejecutivo. El Presidente de la República es el Jefe de Estado de Guatemala y ejerce las funciones del Organismo Ejecutivo por mandato del pueblo.

También, el Artículo seis de la Ley del Organismo Ejecutivo establece que la autoridad administrativa superior del Organismo Ejecutivo es el Presidente de la República. El Presidente de la República actuará siempre en Consejo de Ministros o separadamente con uno o más de ellos, en todos los casos en que de sus actos surjan relaciones jurídicas que vinculen a la administración pública.

El mismo cuerpo legal, en el Artículo siete, establece que entre las atribuciones del Presidente y Vicepresidente de la República, además de las que la Constitución les confiere y otras leyes, el Presidente de la República debe velar porque la administración pública se desarrolle en armonía con los principios que la orientan y

porque el régimen jurídico administrativo del Estado propicie la eficiencia y eficacia.

3.1.2. Funcionarios públicos intermedios

“Coordinan y controlan la ejecución de los planes, programas y proyectos de la administración pública. Superior e intermedio, representan al Estado por medio de los órganos de los cuales son titulares ante otros órganos y entidades del Estado, ante particulares y sus propios subordinados”²⁹.

“Son funcionarios de confianza y pueden ser nombrados o sustituidos en cualquier momento, salvo que se trate de funcionarios electos popularmente o que la ley señale que debe ejercer el cargo para determinado período, en este caso solo pueden ser removidos por las causas determinadas por la propia ley”³⁰.

3.1.3. Funcionarios públicos menores

Son trabajadores o empleados del Estado, burócratas y hasta servidores, son los ejecutores de la actividad administrativa, realizan tareas intelectuales permanecen dentro del servicio civil más tiempo y hacen carrera administrativa, son nombrados por oposición (salvo los peones), únicamente pueden ser removidos con causa justificada. Se rigen principalmente por las leyes del servicio civil, municipal, judicial, etc.

²⁹ Godínez Bolaños, **La relación funcional**, pág. 14

³⁰ Calderón Morales, **Ob. Cit**; págs. 141 y 142.

Después de hacer una breve explicación sobre la relación jurídica funcional que sostiene el Estado con los particulares o administrados a través de sus servidores públicos. Los Artículos 31 al 34 de la Ley del Servicio Civil, hacen una clasificación sobre los servidores públicos, la cual establece.

3.2. Clasificación legal

- **Clasificación:** Para los efectos de la aplicación de esta ley y sus reglamentos los puestos en el servicio público del Estado se comprenden en los tipos de servicios siguientes: Servicio Exento, Servicio sin Oposición, Servicio por Oposición.

3.2.1. Servicio Exento

El servicio exento no está sujeto a las disposiciones de esta ley.

3.2.2. Servicio sin oposición

Es el servicio que comprenden los puestos de los asesores técnicos, jurídicos y directores de hospitales. Mediante este servicio el empleado o funcionario público es nombrado por el superior quien tiene la facultad de nombrar a su personal dentro de los límites exigidos en los reglamentos que para el efecto se han creado para esos puestos sin necesidad de entrar a oposición para adquirir la plaza.

3.2.3. Servicio por oposición

El servicio por oposición incluye a los puestos no comprendidos en los servicios exentos y sin oposición y que aparezcan específicamente en el sistema de clasificación de puestos del servicio por oposición que establece esta ley.

En el apartado de anexos (página 97) se presenta un organigrama sobre los empleados y funcionarios públicos que se encuentran comprendidos en el servicio exento, sin oposición, y por oposición.

3.3. Empleados públicos

Manuel Ossorio, expone que empleado público es 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 presentación del órgano administrativo, investido de competencia, frente al cual se encuentra con facultades de voluntad y de imperium, con el ejercicio de la potestad pública”³¹.

Por lo tanto el empleado público es jerárquicamente inferior al funcionario público, es decir, que el funcionario público es el que dirige mientras que el empleado público

³¹ **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 281.

es el que está supeditado al funcionario del órgano del Estado provincial o municipal.

El ordenamiento jurídico define al servidor público de la siguiente manera:

“Para los efectos de esta ley, se considera servidor público, a la persona individual que ocupe un puesto en la administración pública en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo legalmente establecido, mediante el cual queda obligada a prestarle servicios o ejecutarle una obra personalmente a cambio de un salario, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata de la propia administración pública” (Artículo 4 de la Ley del Servicio Civil).

El Código Penal, en el Artículo primero, inciso segundo, estipula que debe entenderse por empleado público, quien sin facultades legales de propia determinación realiza o ejecuta lo que se le manda o desempeña labor de agente o guardián del orden público. Para los efectos del párrafo anterior, la ley hace mención que deberá entenderse como empleado público al que ejerza o desempeñe continuamente sus funciones mientras no sea removido.

De lo anteriormente indicado se puede deducir que empleado público es el que está supeditado a un funcionario y que ejecuta la tarea que se le asigna, estando sujeto a un orden jerárquico tanto vertical como horizontal ante el funcionario que lo nombró. En este sentido, el empleado público está supeditado al funcionario público.

El empleado público, se podría decir, es la parte débil de la relación burocrática, es el que obedece, es el que está asignado a cierta tarea bajo supervisión o mando de un funcionario que ejerce la función de jefe, de superior jerárquico, nombrado por cualquiera de mayor jerarquía o popularmente, llamado funcionario público.

El empleado público tendrá una de las mayores responsabilidades en función de su cargo, mismas que pueden ser de carácter político o jurídico.

“El empleado público puede ser perseguido penalmente por ser responsable de delitos que cometa directamente, y por tal situación el juez que controla la investigación puede ordenar su aprehensión. A diferencia el funcionario público que está protegido mediante un privilegio conocido en el medio jurídico como derecho de antejuicio antes de someterlo a un proceso penal³².

Situación que no sucede con el empleado público quien no tiene este derecho, quedando a disposición de las autoridades.

3.4. Funcionario público

En Guatemala, es aquella persona que ejerce un cargo público temporal y de confianza dentro de la administración del Estado, a través de un nombramiento, o elección popular; siempre bien remunerado.

³² Calderón Morales, Hugo Haroldo, **Ob. Cit**, pág. 63.

3.4.1. Definición

El Licenciado Hugo Haroldo Calderón Morales define al funcionario público como: “aquel que ejerce un cargo especial transmitido por la ley; creando una relación externa que le da, la titularidad de carácter representativo del Estado en el ejercicio de su cargo”³³.

El Artículo 32 de la Ley del Servicio Civil, establece qué funcionarios públicos se encuentran exentos de la aplicación de la mencionada ley, específicamente:

- Funcionarios nombrados por el Presidente o propuestas por el Consejo de Estado.
- Ministros y Viceministros de Estado, Secretarios, Subsecretarios y Consejeros de la Presidencia de la República, Directores generales y Gobernadores departamentales.
- Funcionarios y empleados en la carrera diplomática de conformidad con la Ley Orgánica del Servicio Diplomático de Guatemala.
- Tesorero General de la Nación.
- Escribano de Gobierno.
- Gerente de la Lotería Nacional.
- Funcionarios del Consejo de Estado.

³³ **Ibid.**

- Registradores de la Propiedad y personal correspondiente.
- Inspector General de Trabajo.
- Funcionarios de la presidencia de la república que dependen directamente del Presidente.
- Miembros de los cuerpos de seguridad.
- Personas que sean contratadas para prestar servicios interinos, ocasionales, o por tiempo limitado por contrato especial.
- Empleados de la Secretaria de la Presidencia de la República.
- No más de diez funcionarios o servidores públicos en cada Ministerio de Estado, cuyas funciones sean clasificadas de confianza por los titulares correspondientes.
- Personas que desempeñan cargos ad honorem.

La Constitución Política de la República establece, que el funcionario público, que tiene la jerarquía superior administrativa es el Presidente de la República, por lo que es beneficiosa algunas de las facultades o atribuciones del mismo en relación al nombramiento de los funcionarios públicos exentos. El Artículo 183 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece las funciones del Presidente de la República. “Son funciones del Presidente de la República: ...s) Nombrar y remover a los ministros de Estado, viceministros, secretarios, subsecretarios de la presidencia, embajadores y demás funcionarios, que le corresponda conforme a la ley...”.

El Código Penal estipula que debe entenderse por funcionario público, “quien

por disposición de la ley, por elección popular o legítimo nombramiento, ejerce cargo o mando jurisdicción o representación, de carácter oficial”.

Se puede decir que funcionario público, dirige dispone y ordena al empleado público, ejerce sus funciones por legítimo nombramiento o por elección popular, su presentación es de carácter oficial en puestos de dirección en el Estado.

El funcionario público es el que tiene preeminencias sobre los empleados públicos, ya que ha sido nombrado directamente por una autoridad superior o bien ha sido elegido popularmente.

Además se puede agregar que el funcionario público, según la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto 8-97 del Congreso de la República de Guatemala, establece que todo aquel que en el desempeño de sus cargos pueda afectar los intereses públicos, o la seguridad ciudadana debe responder civil, penal, administrativa y políticamente sobre su actuar como tal.

3.5. Responsabilidades políticas jurídicas de los empleados y funcionarios públicos

En el ejercicio de sus cargos tanto los empleados como los funcionarios públicos incurren en una diversidad de responsabilidades, dentro de las cuales se

pueden enumerar las responsabilidades políticas y jurídicas.

3.5.1. Responsabilidades políticas

Se da cuando los funcionarios toman decisiones facultados por la ley, situación que se puede observar en el caso del Presidente de la República, los ministros de Estado, los gobernadores entre otros. Este tipo de responsabilidad se establece mediante el control parlamentario (Congreso) o juicio político o interpelación de los ministros de Estado, así como la concurrencia de otros funcionarios al Congreso.

3.5.2. Responsabilidad jurídica

En ésta, se enmarca sobre la responsabilidad civil, penal y administrativa, para el estudio este tipo de responsabilidad.

3.5.3. Responsabilidad penal

En el Código Penal se tipifican una serie de delitos o faltas en los que los funcionarios pueden incurrir en el ejercicio de su cargo como lo establece el Título XIII. Capítulo II de los delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos (Artículos 418 y 438). Capítulo III de los delitos de cohecho (Artículos 439 y 444). Capítulo de los delitos de peculado y malversación (Artículos 445 al 448). Capítulo V

de las negociaciones ilícitas (Artículo 449 al 452). Título XIV Capítulo III de la prevaricación (Artículo 462 al 467). Capítulo IV de la Denegación y retardo de justicia, (Artículo 468 al 469), y Capítulo V del quebrantamiento de condena y evasión de presos (Artículo 471 al 472 Respectivamente).

El Artículo 21 de la ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos establece:

- Acciones penales. Las acciones penales a que de lugar la conducta oficial de los funcionarios y empleados públicos pueden ejercer por el perjudicado o por cualquier guatemalteco capaz. El Ministerio Público está obligado a promover de oficio dichas acciones so pena de incurrir en responsabilidad.

Los tribunales y autoridades de todo el orden deberán resolver sin demora las peticiones del Ministerio Público encaminadas a asegurar las responsabilidades pecuniarias de los funcionarios, dignatarios y empleados públicos, o que hayan dejado de serlo, el arraigo de sus personas y demás medidas a fin de que los intereses del fisco y las disposiciones del presente decreto no sean burladas.

Pero el Artículo 22 del mismo cuerpo legal establece, “formación de causa. Los funcionarios públicos que gozan de antejuicio no podrán ser sometidos a procedimiento criminal sin que previamente se haga declaratoria haber lugar a formación de causa”.

El Artículo 23 también del mismo cuerpo legal, dispone que “Incurrir en responsabilidad los funcionarios o empleados públicos que impidan o obstaculicen el ejercicio de los derechos de los habitantes y lo que por interés negligencia o malicia dejan de cumplir con las obligaciones que las leyes les imponen. Las leyes penales clasifican los delitos y señalan las penas aplicables a los funcionarios o empleados por las acciones u omisiones punibles en el ejercicio de sus funciones”.

3.6. Diferencias entre empleado y funcionario público

Las principales diferencias entre empleado público y funcionario público son las siguientes:

- El funcionario público dirige y manda. El empleado público ejecuta lo que se le manda.
- El funcionario público es electo popularmente o nombrado legítimamente con carácter oficial. El empleado público es nombrado por el funcionario.
- El funcionario público jerárquicamente es superior al empleado público. El empleado público está a las órdenes del funcionario público, por lo tanto es de menor jerarquía.
- El funcionario público, en el ejercicio de su cargo, responderá ante su superior que lo nombró y ante el pueblo. El empleado público, por sus actos responderá ante el funcionario como su inmediato superior.
- El funcionario público, ante la comisión de un delito, debe seguirsele previamente

un antejuicio. El empleado público, ante la comisión de un delito, puede ser aprehendido por la autoridad inmediata sin previa formación de causa.

En conclusión el empleado público es trabajador del Estado y está bajo las órdenes de un funcionario público, quien sido designado por una autoridad superior o ha sido electo popularmente.

Los funcionarios públicos que han llegado al cargo por elección popular debieran respetar el voto que el ciudadano deposita en las urnas, y por ética y moral no debieran aceptar otros cargos mientras duren en funciones como diputados, aunque la Constitución Política de la República de Guatemala se los permita.

CAPÍTULO IV

4. Las medidas sustitutivas

Las medidas sustitutivas son actos jurídicos de beneficio para el imputado, ya que por medio de éstas puede obtener la libertad bajo las condiciones previamente estipuladas.

4.1. Definición

Son aquellas medidas que el juzgador impone a la persona que está siendo procesada en sustitución de la prisión preventiva, beneficiando así al sujeto activo con su libertad, siempre y cuando sea razonablemente evitando el peligro de fuga y obstaculización para al averiguación de la verdad.

4.2. Análisis jurídico doctrinario

Del principio de inocencia se desprende el hecho de que la prisión provisional y las medidas sustitutivas de coerción sólo se pueden basar en el peligro de fuga del imputado o en el peligro de obstrucción de la averiguación de la verdad, puesto que es obvia la prohibición de imponer una pena antes de la sentencia. Lo anterior explica el carácter excepcional de estas medidas, cuya proporcionalidad a la pena o medida de seguridad que se espera del procedimiento es requisito lógico.

Por presunción legal, los delitos graves a que se refiere el Artículo 264 del Código Procesal Penal, suponen peligro de fuga, pues el legislador parte de que la imputación de dichos delitos, cuando existen elementos de sospecha, provoca la intención de evadir o de obstruir la realización de la justicia.

Los Artículos del 259 al 264 del Código Procesal Penal, comprenden lo relativo a la coerción personal del imputado. Lo primero que conviene destacar es el carácter cautelar de estas medidas, es decir, que no están vinculadas a la culpabilidad o inocencia del procesado sino a la necesidad de asegurar el desarrollo normal del proceso penal, aunque para que puedan dictarse se requiere información de haberse cometido un delito y la concurrencia de motivos racionales para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él (Artículo 13 de la Constitución Política de la República de Guatemala).

El Artículo 254 del Código Procesal Penal, permite que la persona que crea que se le sindicó de la comisión de un ilícito pueda presentar al Ministerio Público para ser escuchada. Este presupuesto supone que el Ministerio Público debe oír al supuesto sindicado, pues teniendo el ejercicio de la acción pública, según el Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala, resulta obvio que pueda escuchar a los sindicados y para éstos constituye una garantía a fin de evitarles ser involucrados en un proceso penal sin su conocimiento.

La regla básica de las medidas de coerción consiste en la afirmación de que son excepcionales y de carácter cautelar, en especial la prisión preventiva, contenida en

el Artículo 259 del Código Procesal Penal, que además tienen por objeto permitir la aplicación de una posible pena privativa de libertad. Tal principio es sostenido universalmente en convenciones internacionales, entre ellas el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No obstante, su aplicación en la práctica resulta ser escasamente observada. Para lograr eficacia, en el sentido de que el encarcelamiento procesal sea el último de los recursos, se acudió a varios mecanismos; por una parte, ampliar el espectro de las medidas de coerción, superando la falsa antinomia entre encarcelamiento o libertad, dotando al tribunal que las decide y a quien requiere su aplicación de una gama de medidas intermedias y alternativas, idóneas para alcanzar los fines del procedimiento, sin afectar gravemente al imputado, tal es el caso de las medidas sustitutivas, contenidas en el Artículo 264 del Código Procesal Penal. Por otra parte se describen los presupuestos indispensables de las medidas coercitivas.

El Artículo mencionado anteriormente, estipula que “Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el Juez o tribunal competente, de oficio, podrá imponerle alguna o varias de las medidas siguientes:

1. Arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.

2. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.
3. La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe.
4. La prohibición de salir, sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
5. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
6. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
7. La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas

El tribunal ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible. En especial, evitará a imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación. En los casos especiales, se podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.

No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en los procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales, o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, y robo agravado”.

A estos delitos se les adicionó los de evasión y cooperación en la evasión, mediante el Decreto Número 30-97 del Congreso de la República de Guatemala, tipificados en los Artículos 470 y 471 del Código Penal.

También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendido de tránsito internacional de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, siembra y cultivo de plantas de las cuales se puedan obtener drogas; fabricación o transformación de drogas, comercio, tráfico y almacenamiento ilícito de drogas, posesión de drogas para el consumo, promoción y fomento del cultivo y tráfico de drogas, facilitación de medios para las actividades anteriores; alteración de recetas médicas; expendio ilícito de drogas; transacción e inversiones ilícitas; asociaciones delictivas; procuración e impunidad o evasión; promoción o estímulo a la drogadicción; encubrimiento real; encubrimiento personal. Estos delitos están regulados en la Ley Contra la Narcoactividad, Decreto 48-92 del Congreso de la República de Guatemala.

Asimismo en procesos instruidos por los delitos de defraudación tributaria, defraudación aduanera y contrabando aduanero, no podrá concederse ninguna medida sustitutiva, excepto la de prestación de caución económica.

El párrafo primero del Artículo 261 del Código Procesal Penal, establece “en delitos menos graves no será necesaria la prisión preventiva, salvo que exista presunción razonable de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad”.

“Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

- 1) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
- 2) La pena que se espera como resultado del procedimiento.
- 3) La importancia del daño resarcible y la actitud que el sindicado o imputado adopta voluntariamente frente a él.
- 4) El comportamiento del sindicado o imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.
- 5) La conducta anterior del imputado” (Artículo 262 del CPP).

El Artículo 263 del mismo cuerpo legal, establece “Para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado podría:

- 1) Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba.
- 2) Influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
- 3) Inducir a otros a realizar tales comportamientos”.

Las medidas sustitutivas a imponer serán las siguientes:

1. El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
2. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.
3. La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe.
4. La prohibición de salir sin autorización, del país, de la localidad en el cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
5. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
6. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
7. La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante el depósito de dinero, valores, constitución de prenda o

hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

No podrá concederse ninguna medida sustitutiva en los procesos instruido contra reincidentes o delincuentes habituales, o por los delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado, así como en los delitos comprendidos en el capítulo VII de la Ley contra Narcoactividad (Decreto No. 48-92 del Congreso de la República).

Cuando se trate de hechos de tránsito los causantes de ellos deberán quedar en libertad mediante el arresto domiciliario. Esta medida podrá constituirse mediante acta levantada por un notario, juez de paz o por el propio jefe de la Policía que tenga conocimiento del asunto, estos funcionarios serán responsables si demoran innecesariamente el otorgamiento de la medida. El interesado podrá requerir la presencia de un fiscal del Ministerio Público a efecto de agilizar el otorgamiento de dicha medida.

El juez de primera instancia competente, al recibir los antecedentes, examinará y
determinará la duración de la medida, pudiendo ordenar la sustitución de la misma por cualquiera de las contempladas en la ley.

No gozará del arresto domiciliario en hechos de tránsito la persona que en el momento del hecho se encontrare en estado de ebriedad o bajo efecto de drogas o estupefacientes, sin licencia de conducir vigente, no haber prestado ayuda a la víctima, no obstante de haber estado en posibilidad de hacerlo, o haberse puesto en fuga u ocultado para evitar su procesamiento.

Cualquier medida sustitutiva podrá solicitarse en el momento en que es indagado el procesado o en cualquier oportunidad en el procedimiento preparatorio.

La medida sustitutiva podrá solicitarse verbalmente al momento de la indagatoria del sindicado o por escrito en ese mismo momento o después que haya declarado el imputado.

4.3. Análisis de la medida sustitutiva del arresto domiciliario

El arresto domiciliario, como está concebido en el Artículo 264, inciso 1) del Código Procesal Penal, se puede dividir de la siguiente manera:

- Arresto domiciliario en el propio domicilio del imputado.
- Arresto domiciliario en la residencia del imputado.
- Arresto domiciliario en custodia de otra persona.
- Arresto domiciliario sin vigilancia.
- Arresto domiciliario con vigilancia que designe el tribunal.

4.3.1. Domicilio

El Artículo 32 del Código Civil, manifiesta que el domicilio se constituye voluntariamente por la residencia en el lugar con ánimo de permanencia en él.

De tal manera que el domicilio de la persona es el lugar o la circunscripción de donde tenga su residencia, es decir, la jurisdicción donde haya asentado su residencia.

“Con mayor generalidad y para los efectos legales, domicilio es el lugar (casa, en sentido estricto y población o radio de la misma, en sentido más amplio), en que se halle establecida una persona para el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos”³⁴.

Desde este orden de ideas se puede estipular que el domicilio de la persona es la jurisdicción donde haya instalado su residencia.

4.3.2. Arresto domiciliario en el domicilio del imputado

Cuando se habla de arresto domiciliario en el propio domicilio del procesado, se refiere a la jurisdicción de la residencia del imputado, por ejemplo una persona que resida en la cuarta calle número ocho guión veinticuatro del municipio de Amatitlán, su domicilio es el municipio mencionado; por lo que a la persona que se le ha

³⁴ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 780.

beneficiado con el arresto domiciliario en el domicilio del imputado, no podrá salir del mismo pero sí podrá transitar por el mismo y podrá salir de esa jurisdicción solamente con autorización judicial.

4.3.3. Arresto domiciliario en la residencia del imputado

“Residencia es la casa donde, sujetándose a determinada reglamentación, residen y conviven personas afines por la ocupación, el sexo, el estado, la edad, etc.”³⁵.

“Residencia es domicilio, morada, habitación. Residencia se dice en general por casa, y más si se habita exclusivamente con la familia”³⁶.

Se entiende por residencia la casa donde vive la persona, ya sea sólo o con familia, es el lugar donde radica dentro del domicilio o jurisdicción.

Por tal motivo cuando se habla de arresto domiciliario en la residencia del imputado, se entiende que dicho acto jurídico se ordena para que la persona no pueda salir fuera de ella, es decir, que permanezca en el lugar donde vive, impidiéndosele transitar por la jurisdicción municipal donde tiene asentada la residencia.

La diferencia entre el arresto estudiado anteriormente, con el arresto domiciliario en la residencia del imputado, consiste en que en el primero el beneficiado puede transitar dentro del domicilio a que pertenece y para salir fuera de él se hace

³⁵ Sopena, Ramón. **Diccionario enciclopédico ilustrado Sopena**. Pág. 3645.

³⁶ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 728.

necesaria la autorización del juzgador; mientras que el segundo, el beneficiado no puede salir del lugar donde vive, o sea, por la jurisdicción municipal a que pertenezca y el tránsito por lo mismo requiere autorización judicial.

4.3.4. Arresto con vigilancia

En este sentido el juez puede ordenar que el arresto domiciliario que se ha otorgado a una persona sean con vigilancia, la cual puede ser encomendada a una persona particular de honradez y arraigo y que se comprometa a presentar al beneficiado cuantas veces sea citado al tribunal, o bien que el mismo sea bajo la vigilancia de agentes de la Policía Nacional Civil o del Ministerio Público.

Si el arresto es con vigilancia, la Policía Nacional Civil o el Ministerio Público serán los obligados a guardar la seguridad del beneficiado y hacer que se cumplan las condiciones por las cuales se otorgó el arresto y el imputado estará bajo la vigilancia de la autoridad durante las veinticuatro horas, hasta que el mismo sea revocado, o en su defecto, por cualquier orden de la autoridad competente.

4.3.5. Arresto domiciliario sin vigilancia

Esta es lo contrario al arresto visto anteriormente, en este caso el Juez confiará en el beneficiado, cuando el delito no sea de trascendencia, al cual apercibirá que al desobedecer cualquier orden de la autoridad competente o no cumplir con las

órdenes de presentarse al tribunal cuando sea citado, el mismo podrá revocarse, volviendo a prisión para continuar el procedimiento con el imputado en prisión.

El arresto domiciliario sin vigilancia es el más común en la legislación guatemalteca, en virtud de aducirse que no existen los fondos suficientes para ordenar la vigilancia durante el tiempo que dure el arresto.

En tal sentido las medidas sustitutivas son beneficios para la persona que está sindicada de haber participado en un hecho delictivo, que no es de trascendencia, por lo que se le puede dar libertad si llena los requisitos establecidos en la ley, para obtener los beneficios correspondientes.

CAPÍTULO V

5. El delito de peculado

En este tipo de delitos el bien jurídico tutelado son los bienes del Estado de Guatemala, por lo que debe perseguirse penalmente a quien participe en el mismo.

5.1. Generalidades

Peculado es sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración. En la actualidad, este delito se denomina malversación de caudales públicos.

En lo administrativo. Entre los romanos, el "pecultum" se castigó primeramente con pérdida del empleo y de la honra; después, con el destierro y finalmente, con la muerte. Tras este punto culminante en la represión, las sanciones evolucionaron hacia la benignidad, al reducirlas a la

deportación y confiscación; más adelante, a la privación de la ciudadanía y restitución del doble, que equivale a una multa del tanto.

En lo bélico algunos autores militares entienden específicamente por “peculatum” el robo de una parte del botín, que los romanos castigaban con enorme severidad y sin respetar el prestigio logrado en el combate. Fue acusado así Escisión el asiático, en el año 516 de Roma, por haber recibido enormes cantidades de oro y plata, de las que había retenido para sí, a más de las entregadas al Erario. Juzgado por el Senado, le fueron confiscados todos sus bienes; pero se libró de la prisión gracias al veto de Tiberio Graco, aunque enemigo político suyo, reconocedor de los servicios militares prestados a Roma.

5.2. Casos de peculado en la legislación internacional

El 24 de junio del año 2005, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción (CCCC) de Ecuador determinó indicios de responsabilidad penal por peculado, contra el diputado de Sociedad Patriótica, Gilmar Gutiérrez; del ex-Gerente del Fondo de Solidaridad, Milton Ordoñez y del ex Secretario del Deporte, Luis Tapia, al disponer de bienes públicos donados por la República Popular China.

Según el presidente de la CCCC, Ramiro Borja y Borja, habrían infringido el Artículo 135 de la Constitución, que prohíbe a los diputados recibir o administrar recursos pertenecientes al patrimonio estatal.

La Comisión encontró, además, irregularidades en la supervisión y trámite de “desaduanización”, de los implementos donados por el Gobierno de China, así como trasgresión de preceptos de ley.

También presume responsabilidades civiles contra el Milton Carrera Díaz, ex-Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana (CAE), y Eduardo Pomboza, gerente del Distrito de Guayaquil.

Según el informe de la CCCC, el 10 de noviembre de 2004 llegó a Guayaquil la primera partida, correspondiente a tres contenedores de un total de 270, de una donación de paquetes deportivos de la China, para ser entregados a mil escuelas primarias y otros tantos colegios secundarios de carácter fiscal a nivel nacional.

El entonces Gerente General de la CAE, Milton Carrera Díaz, autorizó a la entidad del deporte (SENADER) la exoneración de los tributos y dispuso que la Gerencia Distrital de Aduana realice el aforo físico de los implementos exonerados, a pesar de no haberse presentado el Certificado de Inspección en Origen.

El mencionado acto administrativo infringió el Artículo 46 de la Ley Orgánica de Aduanas, el cual dispone que toda importación cuyo valor sea superior a 4.000 dólares, deberá contar con el correspondiente Certificado de Verificación en Origen.

En el mencionado cuadro figuran los nombres del diputado, Gilmar Gutiérrez Borbúa y de Milton Ordóñez, ex-Gerente del Fondo de Solidaridad, como los mayores beneficiarios, según corroboran las actas de entrega-recepción de la mercadería donada en las provincias de El Oro y Napo.

La Comisión de Control Cívico de la Corrupción remitirá el informe a la Contraloría y a la Ministra Fiscal General del Estado.

Además lo relacionado con el diputado Gilmar Gutiérrez Borbúa, la Comisión Anticorrupción remitirá su informe al Comité de Excusas y Calificaciones del Congreso Nacional. (ALA).

El nueve de diciembre del año 2004, el Segundo Tribunal Colegiado de Toluca, México, resolvió que no hay elementos para demostrar el peculado contra Raul Salinas de Gortari, pues la partida secreta de Presidencia se manejaba discrecionalmente para gastos "contingentes", por lo que no se puede hablar de desvíos cuando no existía un fin claramente asignado para el dinero, publicó Reforma.

No obstante, la Procuraduría General de la República (PGR) evalúa volver a solicitar la orden de aprehensión en contra de Raúl Salinas, por el supuesto desvío de más de 207 millones de pesos de la partida secreta de la Presidencia de la República.

Alejandro Ramos, SubProcurador Jurídico y de Asuntos Internacionales, informó que luego de que Salinas librara esta acusación mediante un amparo definitivo, la PGR realiza un análisis para definir si perfecciona la imputación del peculado y consigna otra vez el caso.

Raúl Salinas no tiene en este momento ningún juicio o proceso penal relacionado con la supuesta ilicitud de sus cuentas bancarias en Suiza, que suman más de 130 millones de dólares, con recargos e intereses incluidos.

En teoría, el hermano mayor del ex Presidente puede pedir la liberación de su dinero, aunque el trámite se puede ver frustrado por la PGR, porque le pretende fincar incluso los mismos cargos de los que fue absuelto, para garantizar que el dinero continúe congelado.

El Ministerio Público puede reintentar la acción penal en este caso, seguramente el área correspondiente está evaluando la revisión de ese amparo -a favor de Salinas- para subsanar deficiencias... por lo pronto el dinero continúa asegurado", dijo Ramos.

El funcionario ratificó que mientras la PGR se encuentre en posibilidad de volver a

consignar el mismo expediente contra Salinas -o algún otro caso relacionado- las cuentas millonarias de su propiedad continuarán congeladas.

Abogados de Raúl Salinas consultados consideraron que no es el momento de hacer comentarios al respecto, porque la familia está de luto por el asesinato de Enrique Salinas, quien apareció asfixiado el lunes pasado en Huixquilucan, Estado de México.

5.3. El delito de peculado

Para analizar el delito en particular, es necesario hacer mención al concepto de corrupción. En este sentido a palabra corrupción o corruptela se define como toda mala conducta o abuso, especialmente los que van en contra de la ley.

La corrupción, conlleve o no un perjuicio económico quiebra la relación de confianza hacia los funcionarios públicos debido a la gran cantidad de actos de aprovechamiento que efectúan éstos, en función de los cargos que ocupan, ya sea en beneficio propio o de un tercero.

En este sentido, para percibir los altos índices de corrupción en el ámbito de la administración pública, basta con reparar en el informe mundial producido por Transparencia Internacional, con relación a los niveles de corrupción registrados en el transcurso del año 2001, en la que Argentina logró tres de los diez puntos posibles, en la clasificación.

Ante esta situación, en muchas ocasiones se han propuesto reformas de la estructura de los ilícitos penales que tienden a reprimir aquellas desviaciones en la que puede incurrir un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, a mi criterio, promover un cambio de tipo legislativo puede ser ineficaz si previamente no se reconsideran los compromisos internacionales asumidos por la nación y si no se

realizan interpretaciones armoniosas de los tipos penales en cuestión.

Se analizará, en primer término, los orígenes históricos del delito de peculado, las normas de la Convención Interamericana contra la Corrupción relacionadas con el tema, como así también la legislación de otros países, para finalmente con los distintos elementos que la componen este delito, se permita concluir cuál es la mejor forma en que podemos utilizar esta herramienta penal para combatir específicos actos de corrupción.

5.4. Antecedentes

El delito de peculado tiene su origen en el Derecho Romano primitivo, donde se lo conoció con el nombre de *Apeculatus* o Apeculado. El peculado era el hurto al patrimonio, ya sea privado o del pueblo romano. El *peculatus*, inicialmente, fue una forma agravada del hurto; en el cual el agravante obedecía a la naturaleza de las cosas sobre las que recaía, que debía tratarse de dinero público. Este delito reprimía, entonces, la apropiación de cosas públicas.

A través del tiempo la figura fue sufriendo distintas modificaciones. En el Derecho Romano cesáreo, la característica principal del peculado dejó de recaer en la naturaleza de las cosas protegidas, para ubicarse en la calidad del sujeto activo y en la relación entre éste con los bienes objeto de la acción. Entonces, el concepto se amplió y pasó a abarcar hechos no contemplados por la figura del hurto. La característica esencial de esta nueva modalidad del peculado era el abuso de confianza, siendo el bien jurídico protegido la fe pública.

En su posterior evolución, la figura del peculado se fue diferenciando claramente del hurto. La distinción entre ambas figuras ya no consiste en la naturaleza de la cosa sobre la cual recaiga la conducta.

En el derecho moderno (incluido el nacional) se entiende al peculado no solo como un mero "abuso de confianza", sino como una forma de "abuso de autoridad" o "abuso de la función pública".

Por otra parte, se convierte en un requisito esencial del delito que el sujeto activo sea siempre un funcionario o empleado público. El bien jurídico protegido pasa a ser, además del patrimonio del Estado, el regular y legal cumplimiento de la función pública.

Por ello, la figura se asemeja más a otros tipos penales como ser el abuso de confianza, la retención indebida y la defraudación por administración infiel; con la salvedad ya expresada en el sentido de que el peculado no constituye un mero "abuso de confianza", sino un "abuso de la función pública".

Esto es así, en virtud de que los bienes sobre los que debe recaer la conducta, deben ser fondos públicos que se encuentran funcionalmente confiados a la custodia del empleado o funcionario público.

5.5. La Convención Interamericana contra la Corrupción

La Convención Interamericana contra la Corrupción contiene normas que resultan esenciales al momento de interpretar los diversos actos de corrupción y entre ellos el peculado.

En este sentido resulta oportuno recordar que el propósito de la Convención ha sido promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción (Artículo. 2) y así también regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de tales propósitos (Artículo. 3) y a su vez, los Estados Partes han convenido en considerar la aplicabilidad de medidas destinadas a asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones a fin de preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública (Artículo. 3)

Como se ve, los Estados Parte, entre los que se encuentra la Argentina, luego de analizar la profunda crisis en la que se hallaban inmersos, decidieron comprometerse internacionalmente para luchar

contra la corrupción. Tuvieron en cuenta la importancia de la forma en que se manejan los funcionarios públicos al momento de administrar los recursos, poniendo verdadero énfasis en todo lo que sea necesario para que la administración pública se desempeñe de manera clara, pública y transparente, a efectos que los ciudadanos tengan la posibilidad de controlar la misma y así depositen su confianza.

Toda vez que el derecho penal, tiene a cargo la sanción de dichos actos corruptos, resaltaré principalmente las normas de la Convención que se relacionan directamente con el delito en estudio. Y para ello tuve en cuenta principalmente el principio de legalidad, toda vez que para sancionar un acto corrupto es necesario que éste se encuentre debidamente tipificado en nuestra legislación y una vez corroborado esto, es decir previsto en nuestro Código Penal, relacionarlo con sus elementos tanto objetivo y subjetivos como así también con el bien jurídico protegido.

En este sentido la Convención Interamericana contra la Corrupción, luego de definir diversos actos de corrupción en su Artículo. 6, como los de cohecho, negociaciones incompatibles, incumplimientos de los deberes de funcionarios públicos, etc. en su Artículo. 11, los Estados Partes estimaron conveniente y se obligaron a considerar la tipificación en sus legislaciones de diversas conductas, entre las cuales, figura en el inc. d "la desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de un tercero, hagan los funcionarios públicos de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes

al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieren percibido en razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa".

Asimismo estableció que los países que ya hubieren tipificado ese delito, ese sería considerado acto de corrupción para los propósitos de la Convención. Es decir, que se ha tomado en cuenta que dicho acto de corrupción (previsto en nuestra legislación como malversación de caudales públicos), si bien podía no estar tipificado por algunos Estados Parte, al momento de efectuarse la Convención, lo consideraron lo suficientemente grave, como para comprometerse a tipificarlo, dejando establecido

que en los casos que ya estuviere tipificado se consideraría acto de corrupción para los propósitos de la Convención: es decir para sancionarlo y en consecuencia erradicarlo.

En consecuencia, al haber estado ya tipificado en la Argentina, no hay duda alguna que debe calificárselo como "acto de corrupción" y para comprender sus alcances, sin perjuicio de los elementos que estudiaremos en concreto más adelante, en este punto me parece necesario resaltar su artículo. 12, en tanto establece que "para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descriptos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado".

Resalta esta norma de la Convención, por cuanto el tema de la necesidad de requerir para la configuración del delito de peculado un perjuicio patrimonial, en más de una oportunidad ha traído inconvenientes.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, específicamente tiene previsto que

para que un acto pueda ser calificado como corrupto y en consecuencia requerir su sanción, no es necesario que obligatoriamente haya traído o aparejado un perjuicio patrimonial para el Estado, se dice obligatoriamente por cuanto es claro que en la mayoría de los casos la corrupción en si trae aparejada un perjuicio patrimonial para el Estado, sea efectivo, potencial o de riesgo. Pero llegado el caso en que éste perjuicio no se produzca o lo que en la mayoría de los casos no se pueda demostrar, ello no sería óbice para castigar dicho acto.

Esta postura, convencida de que la corrupción es algo más grave incluso que el propio perjuicio patrimonial que ella puede acarrear. Si bien en general comprende éste tipo de perjuicio, hay otros perjuicios, incluso más significativos, íntimamente relacionados con el bien jurídico protegido, como la fe o confianza pública depositada en el funcionario y en el normal funcionamiento de la administración en su aspecto patrimonial.

El Dr. Carlos Manfroni, al comentar la Convención sostuvo que "Los gobiernos no sólo deben velar por el patrimonio del Estado sino que también deben abstenerse de generar injusticias respecto de sus gobernados. Mas aún, el motivo por el que deben velar por el patrimonio público es la justicia respecto de los administrados. Por lo tanto la corrupción no está exclusivamente vinculada con el deterioro de los fondos estatales. También puede involucrar una cantidad muy extensa de actos de aprovechamiento de un cargo público en beneficio propio o de un tercero, sin causar la más mínima disminución del patrimonio del Estado".

Dicho todo esto y teniendo en cuenta que la Argentina ha ratificado esta Convención, es decir que ha asumido el compromiso internacional de luchar contra la Corrupción, quedaría solamente ver la injerencia que tienen las normas antes descritas en nuestro ordenamiento, en especial los Artículos. 11 en el que se describe el delito de malversación y 12 el que estipula que no es necesario que los actos de corrupción produzcan un perjuicio patrimonial.

A tales efectos es necesario recordar que el Artículo. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional específicamente establece que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes.

En segundo término, a través de la Ley 19.865, Argentina aprobó la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. En su Artículo. 27 se dispone expresamente que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 46".

Por su parte, esta última norma prescribe la única posibilidad prevista por la Convención de Viena sobre la nulidad de un tratado a causa de infracción al derecho interno: vicios en la competencia interna para celebrar tratados. Argentina se ha obligado a acatar el Artículo 27 de la Convención, en el que se define y reafirma que ningún Estado parte puede invocar su derecho interno para incumplir

un tratado, cristalizándose de esta forma el principio básico de prelación del derecho internacional sobre el derecho interno.

En síntesis, el hecho que se encuentre vigente en nuestro ordenamiento jurídico la Convención Interamericana contra la Corrupción, sujeta al derecho de los tratados consagrado en la Convención de Viena y al principio de supremacía delineado por la Constitución Nacional a través de sus Artículos 27, 28, 31 y 75, permite concluir que la cláusula internacional que dispone que los actos de corrupción no requieren para su configuración la existencia de un perjuicio patrimonial, en el ámbito nacional *tiene carácter suprallegal*.

Al respecto, Germán Bidart Campos expresa que el Artículo 75 inciso 22 sienta, como principio general, el de la suprallegalidad de los Tratados Internacionales de toda clase: los tratados prevalecen sobre las leyes, con una sola excepción. La excepción viene dada para los once instrumentos internacionales de derechos humanos enumerados taxativamente por el inciso 22 del Artículo 75 de la C.N. y para todos aquellos que también puedan alcanzar esa jerarquía constitucional (Manual de la Constitución Reformada, Tomo I, pág. 342).

Para cerrar este aspecto, sólo queda por recordar que todo incumplimiento de un tratado por parte de nuestros tribunales, por acción u omisión, genera para el Estado parte responsabilidad internacional.

5.6. El delito de peculado en la legislación guatemalteca

El Artículo. 445 del Código Penal, estipula “El funcionario o empleado público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga dinero o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, será sancionado con prisión de tres a diez años y multa de quinientos a cinco mil quetzales.

Igual sanción se aplicará al funcionario o empleado público que utilizare, en provecho propio, trabajo o servicios pagados con fondos públicos”.

Presupuestos para la tipificación del delito son los siguientes:

- Que el sujeto activo sea funcionario o empleado público.
- Que se sustraiga dinero o efectos públicos.
- Que el funcionario o empleado público permita que un tercero sustraiga dinero o efectos públicos.
- Que el funcionario o empleado público tenga a su cargo el dinero o efectos públicos en función de su cargo.

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

Presupuestos para que se tipifique el delito de peculado culposo son los siguientes:

- Que el sujeto activo sea funcionario o empleado público.
- Que haya negligencia en la custodia del dinero o los efectos en razón de su cargo.
- Que haya falta de celo en la custodia de los efectos bajo su cargo.
- Que la negligencia o falta de celo diere lugar a la sustracción de dinero o efecto a sus cargo por una tercera persona.

El delito de peculado en la actualidad se ha vuelto muy común, ya que desde empleados menores hasta funcionarios públicos han participado en la comisión del mismo, por lo que debe ser combatido en la reforma de la ley, a fin de que sea castigado con drasticidad para evitar la sustracción de dinero u objetos del Estado.

CAPÍTULO VI

6. Derecho comparado

Se hace necesario hacer un estudio del derecho comparado a fin de tener parámetros que otras legislaciones regulan con relación al delito de peculado, y analizar las penas y normas que establecidas en legislaciones de otros países.

6.1. Chile

El Artículo 233 del Código Penal, establece que el empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación, los sustraiga o consintiere que otros los sustraigan, será castigado:

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

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

6.2. México

El Artículo 215 del Código Penal, estipula que cometen el delito de abuso de autoridad, los servidores públicos que incurran en algunas de las infracciones siguientes:

Cuando haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente. Y, cuando en el ejercicio de sus funciones se apropie de los bienes o se los entregue a terceros.

6.3. Honduras

El Artículo 370 del Código Penal, establece que el funcionario público que se apropie de caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo y el funcionario público que, interviniendo en los actos de administración, percepción o custodia, aunque directamente no le hubiesen sido confiados, se apropiare de dichos efectos o caudales, incurrirá en reclusión de tres meses a tres años si lo malversado no excediere de 1.000 lempiras y de tres a doce años si pasare dicha cantidad.

6.4. El Salvador

El Artículo 438 del Código Penal, señala que el funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que se apropiare, en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble de cuya administración, recaudación, custodia o venta esté encargado en virtud de su función o empleo, será sancionado con prisión de uno a 10 años.

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

6.5. Colombia

El Artículo 133 del Código Penal, estipula que el servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado en razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis a 15 años, multa equivalente al valor de lo apropiado, e interdicción de derechos y funciones públicas de seis a quince años.

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

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

6.6. Bolivia

El Artículo 142 del Código Penal, establece que el funcionario público que aprovechando del cargo que desempeña, se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de sesenta a doscientos días.

6.7. República Dominicana

El Artículo 169 Código Penal, estipula que los funcionarios o empleados nombrados por autoridad competente, cuyo deber es cobrar, percibir rentas u otros dineros, responder de semejantes valores o

pagar y desembolsar fondos públicos, deberán hacer depósitos y remesas de tales fondos, rendir cuentas de ellos y devolver los balances no gastados de los mismos dentro del plazo y en la forma y manera prescrita por las leyes y reglamentos.

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

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

El Artículo 170, señala que la falta, negligencia o negativa de cualquier funcionario empleado en depositar o remitir fondos, cuando deba hacerlo o en devolver los balances que le sean pedidos; o entregar a sus sustitutos en el cargo cuando o de cualquier modo sea ordenado entregarlos, por autoridad competente, todos los sellos de correo, de Rentas Internas, papel sellado, terrenos, edificios, útiles, muebles, equipo, material, suministros y otras cosas de valor de los cuales deba responder, será considerado como un defalco.

Artículo 171, indica que la apropiación por parte de cualquier funcionario o empleado, de dinero, propiedad, suministros o valor, para destinarlo a un uso y fin distinto de aquellos para los cuales le fue entregado o puesto bajo su guarda; o la falta, negligencia o negativa a rendir cuenta exacta del dinero recibido, sellos de correo, sellos de Renta Internas, papel sellado, terrenos, edificios, útiles, muebles, equipo, material, suministros y otras cosas de valor se tomará como evidencia prima facie de defalco

El Artículo 172, señala que cualquier funcionario o empleado público, convicto de defalco, de conformidad con lo dispuesto por los artículos anteriores, será castigado con una multa no menor de la suma defalcada y no mayor de tres veces dicha cantidad y con la pena de reclusión.

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

En caso de insolvencia, se aplicará al condenado sobre la pena enunciada, un día más de reclusión o de prisión por cada 5 pesos de multa, sin que en ningún caso de esta pena pueda ser mayor de 10 años.

6.8. Análisis de la legislación comparada

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

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

6.9. Bien jurídico

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

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

En efecto, la conducta típica de peculado presupone un daño patrimonial a la administración pública.

La postura en la investigación es que se limita el bien jurídico protegido a la actividad patrimonial del Estado, amplía el ámbito de lo protegido, por cuanto se sostiene que se encuentran prohibidas todas aquellas conductas que afecten el normal funcionamiento de dicha actividad, prescindiendo del resultado de la conducta. En tal sentido si el funcionario público sustrae o deja a una tercera persona que sustraiga dinero o bienes del Estado, está actuando con dolo, por lo que no debe otorgarse medida sustitutiva, ya que los bienes que sustrae o deja sustraer le pertenecen al pueblo y por lo tanto su conducta delictiva debe ser penada, y guardar prisión hasta que un tribunal competente dicte sentencia.

En síntesis, al igual que en todos los delitos contra la Administración Pública, se tutela la regularidad del cumplimiento de las actividades patrimoniales del Estado, sea con sus bienes propios, sea con relación a bienes privados sobre los cuales aquel haya asumido una especial función de tutela, por la naturaleza de las instituciones a las que pertenece o por las especiales circunstancias en que se encuentran. Los tipos no protegen específicamente la propiedad de esos bienes (eso queda para los

delitos contra la propiedad), sino la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido o creado. Por eso, todos ellos tienen como caracterización como manejo anormal de los bienes por parte de quienes funcionalmente están encargados de hacerles cumplir sus finalidades o preservarlos para ellos.

6.10. Sujeto activo

Siempre debe ser un funcionario público o empleado público, como todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de la función pública, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente. Es decir, representa la voluntad del estado.

Es necesario destacar, que es imprescindible como presupuesto, la relación funcional entre el autor y los bienes, cuya administración, percepción o custodia le ha sido confiada.

La administración, la percepción y la custodia deben haber sido confiadas al funcionario por razón de su cargo: es decir que debe coincidir con la competencia del funcionario para administrar, percibir y custodiar.

6.11. Análisis del Artículo 264 del Código Procesal Penal

El Artículo 264 del Código Procesal Penal, establece "Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el juez o tribunal competente, de oficio, podrá imponerle alguna o varias de las medidas siguientes:

- 1) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
- 2) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.
- 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe.

- 4) La prohibición de salir, sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
- 5) La prohibición de comunicarse con personas determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- 6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- 7) La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El tribunal ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento, en ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible. En especial, evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación. En casos especiales, se podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.

No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en proceso instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales, o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado también quedan excluidas las medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el Capítulo VII del Decreto No. 48-92 del Congreso de la República, Ley contra la Narcoactividad.

Las medidas sustitutivas acordadas deberán guardar relación con la gravedad del delito imputado. En caso de los delitos contra el patrimonio, la aplicación del inciso séptimo de este artículo deberá guardar una relación proporcional con el daño causado.

En procesos instruidos por los delitos de defraudación tributaria, defraudación aduanera y contrabando aduanero, no podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas a las que se refiere este artículo, excepto la de prestación de caución económica. La figura de la medida sustitutiva se creó a fin de beneficiar a los sindicados cuando cumplen con los requisitos que señala la ley y que no estén prohibidos por la ley.

6.12. Anteproyecto de ley

PROYECTO DE REFORMA

PROYECTO LEGISLATIVO PARA REFORMAR EL ARTÍCULO 264 DEL DECRETO NÚMERO 51-92 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, CÓDIGO PROCESAL PENAL

ORGANISMO LEGISLATIVO

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

DECRETO NÚMERO _____

El Congreso de la República de Guatemala

CONSIDERANDO:

Que la necesidad de reformar la ley procesal penal, en cuanto al otorgamiento de medidas sustitutivas en el caso del delito de peculado, es necesaria para evitar que funcionarios o empleados públicos y terceros con el consentimiento de éstos se apropien de dinero o efectos pertenecientes al Estado de Guatemala, ya que estos

son propiedad del pueblo que mediante sus contribuciones tributarias enriquecen las arcas del Estado para sus diferentes fines;

CONSIDERANDO:

Que han proliferado los funcionarios corruptos que mediante artimañas han sustraído dinero y bienes del Estado para su propio beneficio y que los órganos jurisdiccionales les otorgan medidas sustitutivas para quedar en libertad, por lo que en muchos casos se fugan para evadir la acción de la justicia y dilapidar los bienes del Estado de Guatemala;

CONSIDERANDO:

Que el Estado debe dar seguridad jurídica al patrimonio nacional y evitar la corrupción dentro de los empleados y funcionarios públicos, pues el dinero proveniente de los tributos deben beneficiar al pueblo de Guatemala y no a personas particulares, para invertir esos tributos en obras que beneficien a la población;

CONSIDERANDO:

Que para perseguir penalmente a los empleados y funcionarios públicos y evitar la evasión de éstos, se hace necesario no otorgar medidas sustitutivas para que comparezcan ante la justicia a dilucidar su situación jurídica, dejando al tribunal competente que analice las pruebas para que pueda decidir sobre la culpabilidad o inocencia del sujeto activo del delito.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala;

DECRETA:

**REFORMAR EL ARTÍCULO 264 DEL DECRETO NÚMERO 51-92 DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, CÓDIGO PROCESAL PENAL**

ARTÍCULO 1. Se reforma el Artículo 264, el cual queda así:

“Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para a averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el juez o tribunal competente, de oficio, podrá imponerle alguna o varias de las medidas siguientes:

- 1) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
- 2) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.
- 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe.
- 4) La prohibición de salir, sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.

- 5) La prohibición de comunicarse con personas determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- 6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- 7) La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El tribunal ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento, en ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible. En especial, evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación. En casos especiales, se podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.

No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en proceso instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales, o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado también quedan excluidas las medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el Capítulo VII del Decreto No. 48-92 del Congreso de la República, Ley contra la Narcoactividad.

Las medidas sustitutivas acordadas deberán guardar relación con la gravedad del delito imputado. En caso de los delitos contra el patrimonio, la aplicación del inciso séptimo de este artículo deberá guardar una relación proporcional con el daño causado.

En procesos instruidos por los delitos de defraudación tributaria, defraudación aduanera y contrabando aduanero, no podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas a las que se refiere este artículo, excepto la de prestación de caución económica. En el delito de peculado no podrá otorgarse ninguna medida sustitutiva”.

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... DEL AÑO...

CONCLUSIONES

1. En Guatemala, comparado ante otros países latinoamericanos, el individuo que comete el delito de peculado; goza de cualquiera de las medidas sustitutivas, contempladas en el Artículo 264 del Código Procesal Penal, con lo que le abre toda posibilidad al sujeto activo del delito, a evadir el proceso fugándose u obstaculizando la averiguación de la verdad.

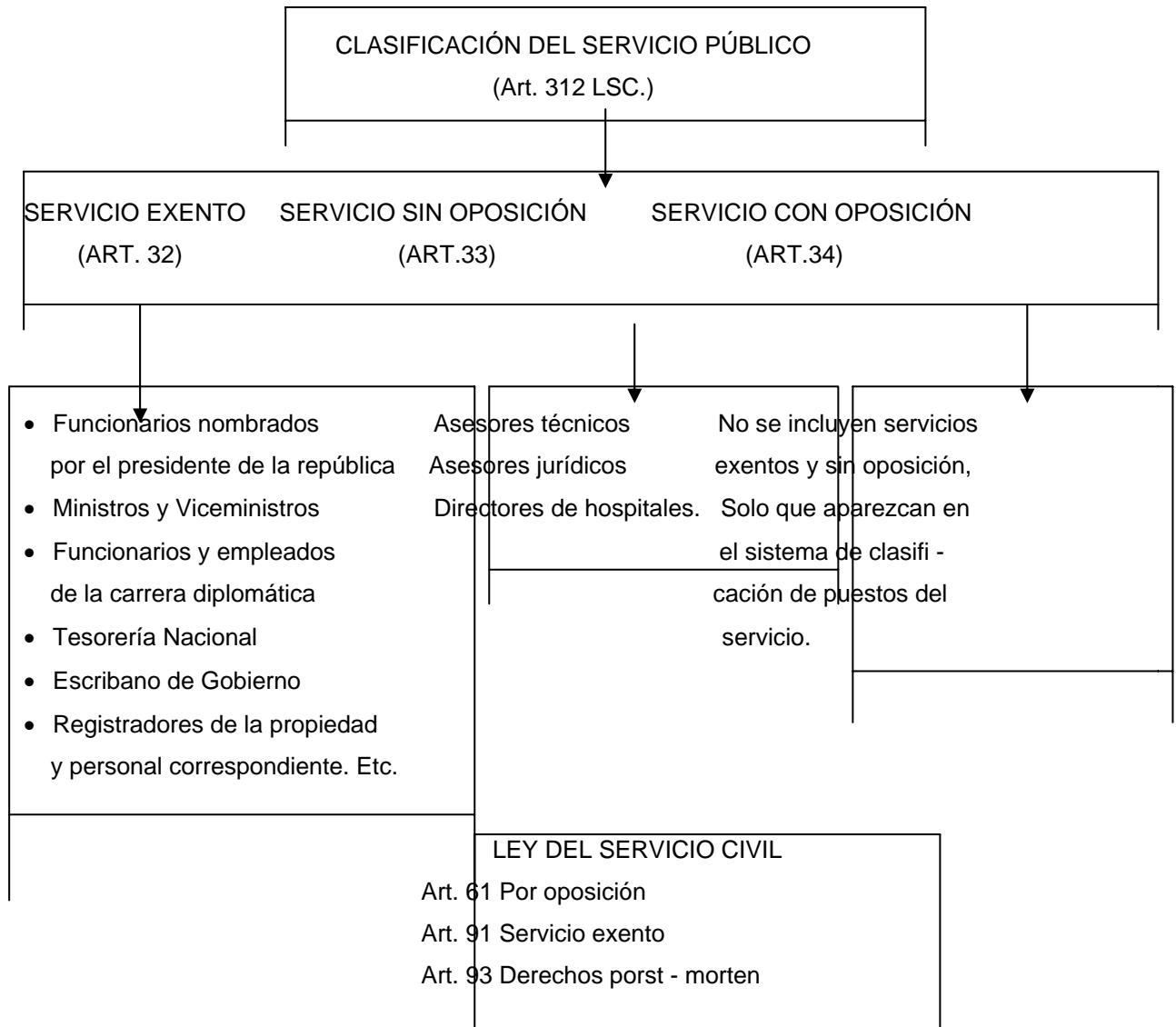
2. El bien jurídico tutelado en el delito de peculado se extiende y afecta el patrimonio o propiedad (sentido penal) pero aún más, la seguridad de la administración, la fe y confianza depositada en el funcionario así como el normal funcionamiento de la administración pública.
3. El funcionario o empleado público, que tenga bajo su responsabilidad fondos públicos no los debe sustraer para su beneficio o de terceros, en esta acción típica, antijurídica y punible conforme lo dispone el Código Penal, calificándose el delito como peculado.
4. El peculado nace a la vida antijurídica en el ámbito de las relaciones de la administración pública y concatenado a otros delitos tipificados en el Código Penal guatemalteco como delitos contra la administración pública, forma lo que comunmente se podría llamar un Estado o gobierno corrompido (corrupción).
5. El delito de peculado protege el patrimonio del Estado ante funcionarios y empleados públicos que puedan cometer el mismo, teniendo en consideración que los bienes pertenecen a la población, pero al otorgar el arresto domiciliario al funcionario o empleado público, se despretege la función penalizadora.

RECOMENDACIONES

1. El Organismo Legislativo debe reformar el Código Penal en el sentido que se sancione con penas más drásticas al sujeto activo del delito de peculado para evitar que se cometa el delito en forma frecuente, ya que el bien jurídico tutelado son los activos del Estado, que son los bienes que obtiene este por medio de los impuestos que pagan los contribuyentes.
2. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Artículo 264, del Código Procesal Penal, en el sentido que no se otorgue medidas sustitutivas en el delito de peculado, pues la experiencia procesal penal guatemalteca ha demostrado que muchos funcionarios o empleados públicos son prófugos por este delito, por lo que debe tomarse en cuenta la existencia intrínseca del abuso de confianza o abuso de la función pública.
3. El Estado de Guatemala, debe buscar mecanismos de tecnología o logística como la fiscalización, que aunado a la legislación que logre el resguardo y la transparencia de la buena administración del erario público, dando seguridad jurídica a la custodia de los bienes del Estado y transparentando su administración.
4. El Estado por los medios de comunicación debe crear conciencia social, a fin que el ciudadano comprenda que la distracción de bienes o dineros del Estado son castigados con severidad, en donde se castiguen rigurosamente a los sujetos activos de este delito, a través de la reforma respectiva, asegurándose la presencia del sindicado desde el inicio del proceso penal hasta dilucidar su situación jurídica.

ANEXOS

ANEXO I



Referencia. Esquema gráfico presentado, la clasificación del servicio público, tema desarrollado en el capítulo III, del presente trabajo, página 49.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Eduardo y Levene, Ricardo. **Derecho procesal penal**. Ed. Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires, 1980.
- BARRIENTOS PELLECCER, César Ricardo **Derecho procesal penal guatemalteco I**. Imprenta y Fotograbado Llerena. Guatemala, 1995.
- BARRIENTOS PELLECCER, César Ricardo. **Orientaciones básicas para la aplicación del Código Procesal Penal**. Organismo Judicial. Guatemala, 1994.
- BARRIOS LÓPEZ, Emelina. **Las funciones procesales en el proceso penal guatemalteco**. Impresiones E y E. Guatemala, 1994.
- BARTOLINO, Pedro. **El funcionamiento del derecho procesal penal**. Ed. Depalma. Argentina, 1985.
- BIDART CAMPOS, German. **Tratado elemental de derecho constitucional argentino**. Ed. Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1994.
- BINDER BARZZISA, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. (s.e.). Argentina, 1994.

- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1974.
- CALDERÓN MORALES, Hugo. **Derecho administrativo**. Ed. Llerena. Guatemala, 1999.
- CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal penal**. Impresora y Ediciones Rodríguez. México, 1998.
- CARRANZA, Elías. **Sistema penitenciario y alternativa a la prisión en América Latina y el Caribe**. Editores Unidos. México, D.F., 2002.
- CASTAÑEDA GALINDO, Byron Oswaldo. **El debate en el proceso penal**. Ediciones Mayté. Guatemala, 1994.
- CASTRO, Máximo. **Curso de procedimientos penales**. Ed. Jurídica Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1937.
- DAHINTEN CASTILLO, Jhony. **El proceso jurisdiccional**. Ed. San José. Costa Rica, 1998.
- DE MATA VELA, José Francisco. **El delito eje fundamental del derecho penal**. Ediciones Superiores. Guatemala, 1983.
- Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico espasa**. Ed. Espasa Calpe, S.A. Madrid, España 1999.
- GODÍNEZ BOLAÑOS, Roberto. **La relación funcional**. Ediciones y Servicios. Guatemala, 1999.
- GUISSEPPE, Bartonilo. **Instituciones de derecho penal y procesal**. Ed. Unidos. México, D.F., 1995
- GUZMÁN GODÍNEZ, Amada Victoria. **La interpretación y la aplicación del criterio de oportunidad en materia penal**. Impresos Garve. Guatemala, 1994.
- FIX, Samudio H. **La protección procesal de los derechos humanos**. Ed. Jurídica. Colombia, 1989.
- HERNANDO, Devis Echandía. **Estudio de derecho procesal**. Ed. Víctor P. de Zavalía, S.A. Buenos Aires, 1985.
- HURTADO AGUILAR, Hernán. **Derecho penal compendiado**. Ed. Landívar. Guatemala, 1974.
- HURTADO AGUILAR, Hernán. **Derecho procesal penal práctico guatemalteco**. Ed. Landívar. Guatemala, 1973.
- LÓPEZ M., Mario R. **La práctica procesal penal en el procedimiento preparatorio**. Ediciones y Servicios. Guatemala, 2000.
- LUIGUI, Farrojoli. **Derecho y Razón**. Ed. La Pampa. Buenos Aires, Argentina, 1998.
- MAIER, Julio. **Derecho procesal penal argentino**. Ed. Hamurabí. Buenos Aires, Argentina, 1989.
- MORENO, Víctor. **Introducción al derecho procesal penal**. Ed. Vile. Guatemala, 1984.
- ODERICO, Mario. **Derecho procesal penal**. Ed. Jurídica. Bogotá, Colombia, 1989.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina 1988.

PICO, Junoy Joan. **Las garantías constitucionales del proceso.** Ed Depalma. Buenos Aires, Argentina, 2001.

SOPENA, Ramón. **Diccionario enciclopédico ilustrado Sopena.** Editorial Sopena. Barcelona, España, 1982.

Universidad Autónoma de México. **La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917.** Editores Unidos. México, D.F., 1997.

VALERA, Casimiro A. **Valoración de la prueba.** Ediciones Astrea. Buenos Aires, 1990.

VELEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho procesal penal.** Ed. jurídica. Argentina, 1999.

Legislación:

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

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

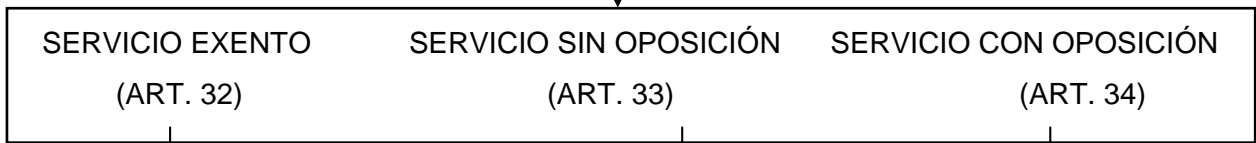
Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 17-73, 1973.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 51.92, 1992.

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

ANEXOS

CLASIFICACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO
(Art. 31 LSC.)



- Funcionarios nombrados por el presidente de la república
- Ministros y Viceministros
- Funcionarios y empleados de la carrera diplomática
- Tesorería Nacional
- Escribano de Gobierno
- Registradores de la propiedad y personal correspondiente. Etc.

Asesores técnicos
Asesores jurídicos
Directores de hospitales.

No se incluyen servicios exentos y sin oposición, solo que aparezcan en el sistema de clasificación de puestos del servicio.

LEY DEL SERVICIO CIVIL
Art. 61 por oposición
Art. 91 Servicio exento

Art. 93 Derechos post-mortem

