

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



**LA CORRUPCIÓN Y LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS
PÚBLICOS Y LA NECESIDAD DE UNA REFORMA A LOS TIPOS
PENALES Y A LAS PENAS**

CLAUDIA CAROLINA ESCOBAR FLORES

GUATEMALA, AGOSTO DE 2011

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

**LA CORRUPCIÓN Y LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS
PÚBLICOS Y LA NECESIDAD DE UNA REFORMA A LOS TIPOS
PENALES Y A LAS PENAS**

TESIS

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

CLAUDIA CAROLINA ESCOBAR FLORES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2011

**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. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

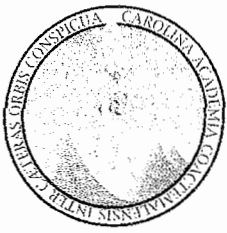
Primera Fase:

Presidenta: Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández
Vocal: Licda. Eloísa Ermila Mazariegos Herrera
Secretaria: Licda. Yolanda Albeño Ovando

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ricardo Alvarado Sandoval
Vocal: Lic. Daniel Ubaldo Ramírez Gaitán
Secretario: Lic. Héctor René Granados Figueroa

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

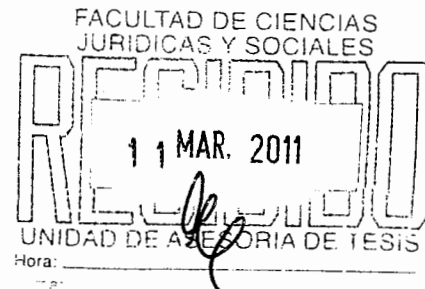


LIC. DENIS AURELIO ASENCIO SAENZ
Abogado y Notario
6ª. Calle 63-67 Zona 18, Finares del Norte
Teléfono 43200406



Guatemala, 07 de marzo de 2011

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Castro:

En cumplimiento al nombramiento que se me hiciera con fecha 21 de enero de 2011 para asesorar a la bachiller CLAUDIA CAROLINA ESCOBAR FLORES respecto a su trabajo de tesis titulado "LA CORRUPCION Y LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y LA NECESIDAD DE UNA REFORMA A LOS TIPOS PENALES Y A LAS PENAS" me permito a usted informar que:

- A) El trabajo de tesis desarrollado por la bachiller es de suma importancia en su contenido, ya que realizó un análisis a delitos cometidos por funcionarios públicos, a las propuestas de ley existentes y se obtuvieron estadísticas en cuanto a los delitos de mayor incidencia en actos de corrupción, llegando a establecer la necesidad de la reforma a los delitos cometidos por estos a efecto de prevenir la comisión de los mismos.
- B) Para el desarrollo del presente estudio y por las características del mismo se aplicó por parte de la bachiller el método analítico por la información existente en el ordenamiento jurídico interno, así como los convenios y tratados internacionales ratificados por Guatemala, así como el uso del método deductivo, mismo que fue necesario para la selección de la información y elaboración del informe final.

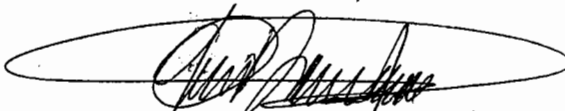


LIC. DENIS AURELIO ASENSIO SAENZ
Abogado y Notario
Colegiado 6775
6ª. Calle 63-67 Zona 18, Pinares del Norte
Teléfono 43200406



- C) Considero que la redacción utilizada cumple con los requerimientos exigidos por esa casa de estudios.
- D) Una vez concluido el informe final y haber finalizado y evaluado el contenido general del mismo se establece, que la investigadora es congruente con las conclusiones y recomendaciones presentadas en su trabajo de graduación.
- E) La bibliografía utilizada en mi opinión es aceptable de acuerdo con el tema desarrollado, así mismo se cumplió con los presupuestos de forma y de fondo exigidos por el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Por lo anteriormente expuesto doy mi dictamen favorable del presente trabajo de investigación, realizado por la bachiller CLAUDIA CAROLINA ESCOBAR FLORES, en consecuencia considero que la tesis realizada reúne las condiciones necesarias para ser aprobada, de conformidad con el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



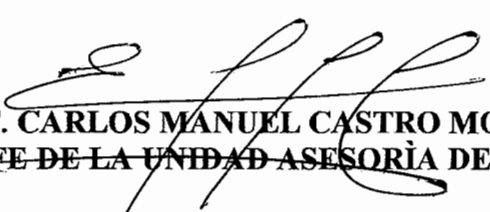
LIC. DENIS AURELIO ASENSIO SAENZ
ABOGADO Y NOTARIO



**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, catorce de marzo de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **OMAR AUGUSTO CONTRERAS RAMÍREZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **CLAUDIA CAROLINA ESCOBAR FLORES**, Intitulado: **“LA CORRUPCIÓN Y LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y LA NECESIDAD DE UNA REFORMA A LOS TIPOS PENALES Y A LAS PENAS”**.

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


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



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.

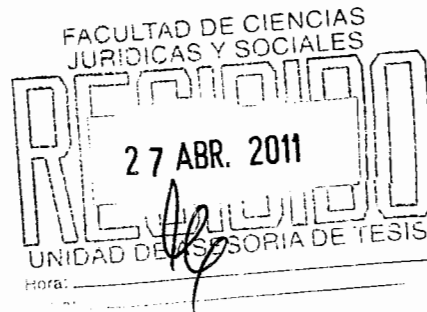


LIC. OMAR AUGUSTO CONTRERAS RAMÍREZ
Abogado y Notario
1ª. Avenida 5-74 Zona 2, Villa Canales, Boca del Monte
Colegiado 5982
Tel. 24427474



Guatemala, 19 de abril de 2011

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Castro:

Como revisor de tesis de la bachiller CLAUDIA CAROLINA ESCOBAR FLORES en la elaboración del trabajo de tesis titulado "LA CORRUPCION Y LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y LA NECESIDAD DE UNA REFORMA A LOS TIPOS PENALES Y A LAS PENAS" me permito a usted informar que:

- A) El trabajo de tesis realizado por la bachiller es de gran relevancia para el ámbito del derecho penal; puesto que la investigadora analizó los delitos cometidos por funcionarios públicos, las propuestas de ley existentes, y se consultaron fuentes estadísticas del Ministerio Público, pudiendo establecerse en el desarrollo de la investigación la necesidad de la reforma a los delitos de corrupción.
- B) Por las características propias del estudio desarrollado se aplicó por parte de la bachiller el método analítico, revisando tanto la legislación interna como los convenios y tratados internacionales ratificados por Guatemala; también se utilizó el método deductivo, mediante el cual se realizó la selección de la información necesaria para la elaboración del presente trabajo.



LIC. OMAR AUGUSTO CONTRERAS RAMÍREZ
Abogado y Notario
1ª. Avenida 5-74 Zona 2, Villa Canales, Boca del Monte
Colegiado 5982
Tel. 24427474




- C) La redacción utilizada por la bachiller es clara y sencilla, lo cual permite una fácil comprensión de la temática.

- D) Al analizar el presente trabajo de graduación se logró establecer que existe congruencia entre las conclusiones y recomendaciones efectuadas por la bachiller.

- E) En mi opinión la bibliografía utilizada para desarrollar la tesis es aceptable de acuerdo con el tema desarrollado, así mismo se cumplió con los requisitos de forma y de fondo exigidos por el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Por lo anteriormente expuesto considero que la tesis realizada, reúne las condiciones necesarias para ser aprobada, por lo que doy mi dictamen favorable del presente trabajo de investigación, realizado por la bachiller CLAUDIA CAROLINA ESCOBAR FLORES, de conformidad con el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


Lic. Omar Augusto Contreras Ramírez
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiuno de junio del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CLAUDIA CAROLINA ESCOBAR FLORES, Titulado LA CORRUPCIÓN Y LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y LA NECESIDAD DE UNA REFORMA A LOS TIPOS PENALES Y A LAS PENAS. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por regalarme la vida; por ayudarme a perseverar y permitirme alcanzar mi sueño.

A MIS PADRES:

Antonio y Marilú, por inculcar en mí el deseo de superación y por los sacrificios que realizaron para que yo pudiera alcanzar mi meta.

A MIS ABUELOS:

Antonio †, Herminia †, Jesús †, y especialmente a mi abuelita Julieta, agradeciéndole con todo mi amor por sus enseñanzas, cariño y dedicación.

A MIS HERMANAS:

Rossella y Wanda: Por su apoyo incondicional.

A MIS TÍOS

Oscar †, José †, Gil †, Gustavo y Elsy, por su cariño y aliento.

A MI SOBRINA:

Grecia, por su cariño.

A MIS PRIMOS:

Karen, Erik y Mishell, por acompañarme en cada etapa de mi vida.

A MIS AMIGOS

Por compartir su amistad conmigo.

A MI ASESOR Y REVISOR

Lic. Denis Asencio y Lic. Omar Contreras, por su tiempo, consejos y colaboración

A: LA GLORIOSA Y TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, por formarme y permitirme egresar de tan prestigiosa casa de estudios.

ÍNDICE



Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho penal	1
1.1. Definición	1
1.2. Evolución histórica	2
1.2.1. La venganza privada	3
1.2.2. La Ley del Tali3n	3
1.2.3. La Ilustraci3n	4
1.2.4. Escuela cl3sica o liberal	6
1.2.5. Escuela positivista	7
1.3. Finalidad del derecho penal	8
1.4. Misi3n del derecho penal	8
1.5. Fuentes del derecho	9
1.6. Principios limitadores del derecho penal	10
1.6.1. Principio de legalidad	10
1.6.2. Principio de proporcionalidad o de intervenci3n m3nima	11
1.6.3. Principio de igualdad	13
1.6.4. Principio de lesividad	14
1.6.5. Principio de irretroactividad	14

CAPÍTULO II



2. El delito y la pena	17
2.1. El delito	17
2.1.1. Definición	20
2.1.2. Elementos	21
2.1.3. Características	32
2.1.4. Clasificación	34
2.2. La pena	39
2.2.1. Origen	39
2.2.2. Definición	40
2.2.3. Características	42
2.2.4. Teorías de la pena	44
2.2.5. Clasificación de las penas	47

CAPÍTULO III

3. Función pública y funcionarios públicos	51
3.1. Función pública	52
3.1.1. Definición	52
3.1.2. Principios de la función pública	53
3.1.3. Bien jurídico protegido en la función pública	54
3.2. Funcionario público	54



Pág.

3.3. La relación funcional	58
3.3.1. Características del servicio civil	58
3.3.2. Sistemas de ingreso al servicio civil	59
3.4. Responsabilidad jurídica de los funcionarios públicos	60
3.4.1. Responsabilidad civil	60
3.4.2. Responsabilidad penal	61
3.4.3. Responsabilidad administrativa	62
3.5. Legislación interna aplicable a los funcionarios públicos	64

CAPÍTULO IV

4. La corrupción	67
4.1. Concepto	70
4.2. Características	71
4.3. Causas	72
4.4. Formas de corrupción	75
4.5. Consecuencias de la corrupción	82
4.6. Regulación anti-corrupción en Guatemala	83
4.6.1. Normas internacionales	83
4.6.2. Normas nacionales	91



3.3. La relación funcional	58
3.3.1. Características del servicio civil	58
3.3.2. Sistemas de ingreso al servicio civil	59
3.4. Responsabilidad jurídica de los funcionarios públicos	60
3.4.1. Responsabilidad civil	60
3.4.2. Responsabilidad penal	61
3.4.3. Responsabilidad administrativa	62
3.5. Legislación interna aplicable a los funcionarios públicos	64

CAPÍTULO IV

4. La corrupción	67
4.1. Concepto	70
4.2. Características	71
4.3. Causas	72
4.4. Formas de corrupción	75
4.5. Consecuencias de la corrupción	82
4.6. Regulación anti-corrupción en Guatemala	83
4.6.1. Normas internacionales	83
4.6.2. Normas nacionales	91



CAPÍTULO V

Pág.

5. Los delitos de corrupción y la necesidad de sus reformas	97
5.1. Regulación de delitos de corrupción en el código penal chileno	98
5.2. Necesidad de reformar los delitos de corrupción	102
5.3. Regulación de delitos de corrupción en el código penal guatemalteco	107
5.3. Otras medidas anti-corrupción	113
CONCLUSIONES	119
RECOMENDACIONES	121
BIBLIOGRAFÍA	123



INTRODUCCIÓN

La corrupción es un actuar indebido cometido, tanto por empleados como por funcionarios de alto nivel dentro de la administración pública. En Guatemala ha alcanzado por igual a presidentes, vicepresidentes, ministros, directores, contralores, encargados de la recaudación fiscal, en fin a casi todos los funcionarios de alto rango y de puestos claves en el Estado; provocando una crisis institucional, lo que ha creado la pérdida de confianza en las autoridades gubernamentales.

La hipótesis planteada, fue comprobada, arribando a la conclusión que los tipos penales deben ser reformados y, aunado a ello, es necesario adicionar a las penas establecidas en el Código Penal; el resarcimiento dinerario por parte de los funcionarios o empleados públicos, por el daño ocasionado al patrimonio del Estado, como un disuasivo anti corrupción para la comisión de delitos de esta naturaleza.

El objetivo general de esta investigación fue determinar si es necesaria la reforma a los tipos penales y a las penas en materia de corrupción. Y, como objetivos específicos: analizar si existen incongruencias en el ordenamiento jurídico en la penalización de los delitos de corrupción; así como, definir cuáles son los delitos en los que incurren los funcionarios públicos con mayor frecuencia.

La tesis se dividió en cinco capítulos: en el primero, se aborda el derecho penal, definición, evolución histórica, finalidad, misión, fuentes y principios; en el segundo, se



trata lo relativo al delito y a la pena y se tratan aspectos generales de los mismos, en el tercer capítulo, se hace referencia a la función pública, principios y el bien jurídico tutelado; así como aspectos relativos a los funcionarios públicos, la relación funcional, características del servicio civil, sistemas de ingreso al mismo, responsabilidad jurídica de los funcionarios, y la legislación interna aplicable; en el cuarto capítulo, se indica lo relativo a la corrupción, concepto, características, causas, formas, consecuencias, así como regulación anticorrupción y las normas nacionales e internacionales en relación a los delitos de corrupción; en el capítulo cinco se abordan los delitos de corrupción y la necesidad de sus reformas, se hace referencia a la regulación de delitos cometidos por funcionarios públicos en Chile, así como otras medidas anti-corrupción; asimismo, se presentan las conclusiones, recomendaciones y la bibliografía utilizada.

Los métodos y técnicas aplicados fueron los siguientes: el método analítico, mediante el cual se revisó la legislación referente a la corrupción y los delitos cometidos por funcionarios públicos; el método inductivo, que fue indicando paso a paso la forma de desarrollar el análisis, y, el deductivo, que permitió seleccionar dentro de la gran variedad de temas sólo los conceptos y definiciones más importantes, todo lo cual se realizó a través de la técnica bibliográfica, que permitió la consulta de libros y legislación nacional e internacional.

Que sirva la presente investigación como referencia para los legisladores a efecto se realice una reforma sustancial a los delitos cometidos por funcionarios públicos, así como a las penas a efecto de erradicar los actos de corrupción.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

En el presente capítulo se tratan lineamientos generales acerca del derecho penal, su finalidad, su misión, el objeto del mismo, así como otros aspectos.

Es importante conocer los antecedentes, el surgimiento del mismo, a efecto de tener una mejor visión del porque se considera importante realizar una modificación a los delitos y las penas que son aplicados a los delitos cometidos por funcionarios públicos a fin que el derecho penal cumpla con su función.

El derecho penal surge como la necesidad de normar los actos cotidianos de la vida de las personas, de crear normas en las que queden establecidas y definidas las conductas que se cree que son nocivas y que según las costumbres de cada lugar afectan de una u otra forma al grupo social, así mismo la forma en que van a ser castigadas estas conductas.

1.1. Definición

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el derecho penal es “El que establece y regula la reprensión o castigo de los crímenes o delitos, por medio de la imposición de las penas.”¹

¹ Diccionario de la Real Academia Española . Pág.751.



El derecho penal es el “Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.”²

Se puede definir al derecho penal desde dos puntos de vista:

El primero, desde el punto de vista objetivo, como el *ius poenale*; que según este es el conjunto de normas jurídicas que regulan los delitos, las faltas, las penas y las medidas de seguridad.

Desde el punto de vista subjetivo, *ius puniendi*, según el cual, el Estado tiene la facultad exclusiva para definir las conductas que serán consideradas como delitos o faltas.

Se puede decir entonces que el derecho penal es la rama del derecho público a través del cual se estudian las normas jurídicas que regulan los hechos que son tipificados como delitos; así como las sanciones que se impondrán como consecuencia de la comisión de los mismos.

1.2. Evolución histórica del derecho penal

El derecho penal surge como la necesidad humana de normar y castigar todos aquellos actos del ser humano que sean perjudiciales a la convivencia común dentro de la sociedad.

² Jiménez de Asúa, Luis. *Lecciones de derecho penal*. Pág. 2



Históricamente cada sociedad ha creado y crea sus propias normas penales con características y elementos propios de estas adaptándolas a su costumbres y formas de vida y modificándolas según su evolución.

1.2.1. La venganza privada (período primitivo)

Como primera manifestación del derecho penal, se encuentra la venganza privada el primer antecedente a la historia del derecho penal. Se puede mencionar como el primer delincuente, el primer homicida en el derecho penal, la historia bíblica de Caín y Abel, quien con su propia mano mató a su hermano.

En la venganza privada se reconocía que si un mal le había sido causado a otro, el ofensor quedaba a merced del que había sido ofendido y sus parientes, quienes lo castigaban causándole a él y su familia un mal mayor. No existía proporcionalidad entre la ofensa y el castigo.

El defecto sustancial en esta primera etapa evolutiva del derecho radica en que se cultivaba el sentimiento de la venganza, se hacía a los hombres más salvajes más hostiles y se daba una apariencia de legitimidad a esta.

1.2.2. La Ley del Talión

Es el famoso “Ojo por ojo y diente por diente”. Surge como primera limitación a la venganza como método de castigo a un mal ocasionado por otro.



Durante esta etapa se buscaba una forma de compensación física como por ejemplo en los países orientales en donde a los autores de robo se le cortaba una mano, con lo que estos quedaban marcados por el delito que habían cometido y eran estigmatizados por la sociedad, y según las creencias eran motivados a no volver a robar.

Previo a la etapa de la ilustración surge el Código de Hammurabi, La Ley de las XII Tablas y la Ley Mosaica, con estos se pretendía establecer proporcionalidad entre el daño causado y el castigo. También surge la denominada “composición” que consistía en el reemplazo de la pena por el pago de una suma dineraria mediante la cual la víctima renunciaba a la venganza.

“En el siglo XII, Bonifacio VII estableció el proceso inquisitorio en materia penal. Este fue, en aquel tiempo, un insigne progreso, ya que proclamó que los culpables debían ser juzgados según las pruebas y los criterios de la razón y no por el resultado de combinaciones fortuitas.”³ Desaparecieron en este período los duelos judiciales y aquellos juicios que se realizaban en nombre de Dios. Extendiéndose por toda Europa el proceso inquisitorio.

1.2.3. La ilustración

Durante el siglo XVII reinaba el absolutismo monárquico el despotismo y la arbitrariedad. Este período se caracterizaba por penas crueles, torturas, mutilación y

³ Carra, Francesco. **Derecho Penal**. Pág. 57



pena de muerte agravada por crueles suplicios. Las pruebas más utilizadas era la confesión mediante la tortura no existía proporción entre el delito y la pena.

En el derecho penal durante la monarquía el rey era el dueño absoluto de las vidas y haciendas de sus súbditos, la más mínima irreverencia a la figura del rey era castigada con la muerte y se perpetuaba el castigo del padre sobre los hijos.

Finalmente esta arbitrariedad desencadenó nuevas ideas basadas en el derecho natural y la razón, concretando el movimiento filosófico de la ilustración, del cual sus mayores exponentes son eran Montesquieu, y Rousseau quienes posteriormente influyeron directamente sobre César Bonesana (Cesare Beccaria) quien fue el autor de De los delitos y las penas (1764) obra que es considerada como la más importante del Iluminismo en el campo del derecho penal.

La pretensión de Beccaria no fue construir un sistema de derecho penal, sino trazar lineamientos para una política criminal, partió de los presupuestos filosóficos imperantes de la época (el Contrato Social, de Rousseau) como origen de la constitución de la sociedad y la cesión de mínimos de libertad a manos del Estado y su poder punitivo para la conservación de las restantes libertades.

En el libro de delitos y las penas de Beccaria se conduce a la formulación de una serie de reformas penales que son la base de lo que se conoce como Derecho Penal liberal, basándose en la racionalidad, la legalidad de las leyes aseverando que estas solo deben ser creadas y aplicadas por el Estado, también trata de la proporcionalidad de las penas y critica la pena de muerte.



1.2.4. Escuela clásica o liberal

El primer exponente es Francisco Carmignani. En su obra titulada "Elementos de Derecho Criminal" propone un sistema de derecho penal derivado de la razón, siendo uno de los primeros en trazar un sistema científico del derecho penal en lengua no germana.

Posteriormente y superando a Carmignani, aparece en el escenario de la escuela liberal, Francesco Carrara, conocido como "el Maestro de Pisa" quien considera a la ley como un dogma, algo que no admite discusión alguna puesto que emana de la ley suprema del orden. Se basa en razonamientos lógicos.

Considera al delito como un fenómeno natural, no como un acto jurídico, como un hecho humano que se deriva de la convivencia de los hombres en sociedad.

La responsabilidad del individuo se funda en la libertad que este tiene como resultado de la responsabilidad moral del mismo.

En la escuela clásica se concibe la sanción como un modo retributivo a la sociedad con lo cual se pretendía la protección del orden jurídico. No tiene carácter de pena si no de la función que esta cumple como medida de seguridad para preservar el bien de la sociedad y como una forma de readaptación del delincuente al medio social. En esta desaparece la diferenciación entre pena y medida de seguridad.



1.2.5 Escuela positivista

A finales del siglo XX inicia el surgimiento de nuevas ideas, desapareciendo el enfrentamiento entre clásicos y positivistas dando lugar a lo mejor de cada una de ellas.

Escuela Positivista italiana cuyo fundador fue César Lombroso quien dio inicio a la difusión del positivismo cuyo origen radica en su obra denominada L'uomo delinquente' que traducido al español dice "El hombre delincuente" en 1876.

Lombroso cambió el enfoque del delito como ente jurídico para dirigirlo hacia el delincuente como hecho observable, colocando al delincuente como fenómeno patológico, presupuesto con el cual se suponía la existencia de una predisposición anatómica para delinquir; por lo que afirmaba la existencia de un delincuente nato por una malformación en el occipital izquierdo. Para Lombroso el que delinque era un ser que no ha terminado su desarrollo embrionario.

Enrico Ferri sucedió a Lombroso y su punto central era que el delito no es la conducta de un hombre, sino el síntoma de un mecanismo descompuesto. El delito es síntoma de peligrosidad, por ello la medida de la pena está dada por la medida de la peligrosidad y no del acto ilícito. Al referirse al "estado peligroso sin delito" se pretendió limpiar la sociedad de vagos, alcohólicos y todo aquel que demostrara peligrosidad pre delictual.

Rafael Garófalo enmarcaba la tesis de "guerra al delincuente" Garófalo propugnaba la idea del delito natural que sería el que lesionaba los sentimientos de piedad y justicia,



Con este movimiento se pretendía luchar contra la criminalidad ya que esta se veía con incremento, permitiendo la intervención directa del estado. En las desventajas y críticas al positivismo se encuentran el olvido de las garantías individuales puesto que su foco es la peligrosidad social del delincuente.

El positivismo entra en crisis a finales del siglo XIX, surgiendo nuevos movimientos doctrinales, entre ellos el Neokantismo y el Finalismo.

El Neokantismo y el finalismo no tuvieron mucho auge debido a la insuficiencia de su concepto de ciencia.

1.3. Finalidad del derecho penal

Tiene como función principal la protección de los bienes jurídicos, a través de la prevención y posterior represión del delito. Pretende la obtención de determinados comportamientos dentro de la vida en la sociedad, declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su comisión con sanciones de rigor considerable. El castigo necesariamente entra en consideración cada vez que la amenaza fracasa en su intención motivadora

1.4. Misión del derecho penal

Se pueden mencionar tres factores primordiales como misión del derecho penal:

- a) La protección de los bienes jurídicos ante posibles amenazas



- b) La protección de valores ético sociales
- c) La prevención general

Derivado de los factores primordiales se puede establecer que en general la misión del derecho penal estriba en la protección a la sociedad, el bien común. Logrando la prevención a través de medidas que por una parte separan al delincuente peligroso por el tiempo necesario y que posteriormente será tratado y reinsertado nuevamente dentro de la sociedad

1.5. Fuentes del derecho

Una fuente es el lugar de donde emana un líquido y trasladándolo al ámbito del derecho es el lugar de donde este se produce, de donde se origina.

Las fuentes del derecho son: la ley, que es una norma emanada del poder público, general, abstracta y permanente, la cual tiene prevista una sanción. La jurisprudencia es el conjunto de sentencias emanadas de los tribunales de justicia. Las costumbres son las practicas reiteradas dentro de una sociedad, que se van transformando en derecho cuando así es reconocido por quienes las practican; y finalmente la doctrina son los estudios realizados por los estudiosos del derecho y se utiliza para dar una mejor interpretación a las normas.

Derivado de que en nuestro ordenamiento jurídico, el principio de legalidad es imperante, la únicamente fuente de donde emana el derecho penal es la ley y en nuestro caso es el Código Penal; que es donde se encuentran reguladas todas aquellas conductas que son consideradas como delitos y las sanciones aplicables a las mismas.



Fuera de esa norma legal no se puede considerar algún hecho que sea considerado delictivo, puesto que esta es la única fuente del derecho penal.

1.6. Principios limitadores del derecho penal

El Diccionario de la Real Academia Española define un principio como: "Base, origen, razón fundamental, sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia."⁴

Partiendo de esa definición un principio es pues, la base sobre la cual se fundamenta el derecho.

Los principios limitadores del derecho penal son todas aquellas doctrinas que le ponen límites a la construcción del derecho penal, para que este no se extralimite y vulnere el estado de derecho. El objeto primordial de estos es la reducción del poder punitivo del estado. A continuación se describen los principios limitadores del derecho penal.

1.6.1 Principio de legalidad

Este principio también es conocido como "Nullum crime, nulla poena, sine previa lege"; principio fundamental e imperante, puesto que con él se garantiza que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna, si esta no se encuentra previamente establecida en la ley.

El principio de legalidad presupone que la ley sea escrita (lex scripta), que la ley exista con anterioridad (lex previa), refiriéndose al principio de irretroactividad, también presupone la taxatividad legal e imperativa (lex stricta).

⁴ Diccionario de la Real Academia Española. Pág. 1834



Este principio encuentra su regulación legal dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco en el Código Penal el cual en su Artículo 1 establece: "Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos o penas que no sean las previamente establecidas en la ley. Lo que quiere decir que sin ley no hay delito y las conductas que no están contempladas en ella son impunes.

Se trata de un principio que no solamente es adoptado por nuestro ordenamiento jurídico interno, si no que debido a la importancia que radica en este también es mundialmente aceptado y se encuentra regulado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York entre otros.

Los actos cometidos por funcionarios públicos tipificados como delitos en el Código Penal Guatemalteco; se encuentran regulados en el Título XIII De los Delitos Contra la Administración Pública específicamente en el Capítulo II titulado De los Delitos Cometidos por Funcionarios o por Empleados Públicos, los que son consecuencia del principio de legalidad y los que más adelante serán tratados, únicamente los de mayor incidencia.

1.6.2 Principio de proporcionalidad o de intervención mínima

Este principio presupone la menor intervención del derecho penal y establece que este únicamente podrá aplicarse cuando se ha transgredido una conducta señalada como delictiva.



La importancia de este principio se hace notoria, puesto que no se debe utilizar el derecho penal como un arma, aplicándolo frente a todas las situaciones ya que esto provocaría lejos de que los ciudadanos se sientan seguros y protegidos por un derecho penal efectivo, percibirían la inseguridad, bajo la amenaza penal, convirtiendo al estado de derecho en un estado policía.

Este presupone que el derecho penal debe ser la última ratio, entendido como el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos.

Dentro de este principio se hace alusión a la aplicación justa de la pena, es decir que a cada uno debe dársele según sus merecimientos. Quiere decir que las penas deben ser proporcionales, al daño que se haya causado.

Por ejemplo cuando el bien jurídico tutelado sea la vida no puede tener una pena igual o similar cuando el daño que se ha ocasionado sea al bien jurídico tutelado patrimonio.

Dentro de este principio se encuentra la propuesta central de la presente investigación ya que como un ejemplo se puede hacer referencia a la pena establecida en el delito de peculado el cual está regulado en el artículo 445 del Código Penal "Peculado. 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."



Al analizar la sanción que se aplica al delito de peculado se puede observar la notoria desproporcionalidad de la pena que se impone ya que este presupone una multa de quinientos a cinco mil quetzales.

Pena que se considera que no guarda proporción con la cantidad que haya sido sustraída por el funcionario; ya que este puede sustraer una cantidad millonaria que la multa máxima que podrá imponer el juez es de cinco mil quetzales, por lo que se considera necesario una reforma a las mismas, para que estas sean proporcionales a lo que haya sido sustraído por el funcionario.

1.6.3 Principio de igualdad

Principio básico y garantista del derecho penal democrático. Este principio propugna que todos los habitantes de un país son iguales ante la aplicación de la ley.

Este principio se encuentra regulado en la Carta Magna en el Artículo 4 el cual establece: “Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad...”

La igualdad se refiere entonces a que la ley debe tratar de igual manera a todos en iguales circunstancias, no deben hacerse excepciones o privilegios.

Este principio es importantísimo en su aplicación en los delitos de corrupción, ya que según nuestra legislación todas las personas son iguales ante la ley; así que esta debe ser aplicada a todos los ciudadanos por igual. Así como se le es aplicada a un



empleado municipal así mismo debe ser aplicada a un magistrado de la Corte Suprema de Justicia, la ley no debe tener preferencias sobre ninguna persona.

1.6.4. Principio de lesividad

Este principio indica que debe existir la afectación a un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo, para que se pueda legitimar la intervención punitiva por parte del Estado.


Dentro de los actos de corrupción el bien jurídico que es vulnerado, que es afectado es la administración pública, afecta a la totalidad de la población por los efectos que produce. Por lo tanto el Estado está legitimado para actuar en contra de los que le han causado una afectación.

1.6.5 Principio de irretroactividad

En el principio de irretroactividad se establece que no se pueden aplicar penas o sanciones por delitos que no están preestablecidos al momento de su comisión. Para poder encuadrar una conducta a un hecho considerado como delito por el legislador este tiene que ser preexistente a la acción cometida por el individuo.

La irretroactividad se refiere a la aplicación fuera del ámbito temporal de validez de la ley.

Este principio tiene fundamento en el Artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala en el que establece: "Irretroactividad de la ley. La ley no tiene efecto retroactivo salvo en materia penal cuando favorezca al reo."



También se encuentra regulado en la Ley del Organismo Judicial en el artículo 7 el que regula: “Irretroactividad. La ley no tiene efecto retroactivo, ni modifica derechos adquiridos. Se exceptúa la ley penal en lo que favorezca al reo.

Las leyes procesales tienen efecto inmediato, salvo lo que la propia ley determine.”





CAPÍTULO II

2. El delito y la pena

En el presente capítulo se abordará lo referente a los aspectos generales del delito y la pena. Lo referente al delito, puesto que en la propuesta central de esta investigación se pretende la reforma de los tipos penales; por lo que es necesario conocer los aspectos básicos de éste. Asimismo se tratará lo referente a las penas, el origen de las mismas, las características así como la necesidad de su existencia y la razón de ser de las mismas.

2.1. El delito

Debido a la polémica que ha surgido al respecto, no se puede hablar de un concepto uniforme de delito, ya que la sociedad es cambiante; y que el delito tiene sus raíces inmersas en la realidad social humana que cambia a los pueblos; para encontrar la naturaleza del mismo se debe recurrir a las escuelas del Derecho Penal, a las cuales se hace referencia a continuación:

a) Escuela clásica:

La escuela clásica nace con el tratado de los delitos y las penas de Beccaria y finaliza con Carra.

Según la escuela clásica se considera que el delito es una idea de relación entre el



hecho del hombre y la ley, define al delito como “La infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultantes de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso.”⁵

Con respecto al delincuente, indican que la imputabilidad moral y su libre albedrío son la base de su responsabilidad penal; la pena es un mal necesario para la realización de la tutela jurídica, con base en el delito debe castigarse al delincuente.

Además se señalaba al derecho penal como una ciencia eminentemente jurídica, y que para su estudio debía utilizar el método lógico abstracto, racionalista o especulativo.

b) Escuela positiva:

Surge como reacción contraria a la escuela clásica, esta se fundamentaba en bases científicas las que correspondían a las ciencias naturales. Sus principales tratadistas eran Cesar Lombroso, Enrico Ferri y Rafal Garófalo.

Considera al delito como una realidad humana, como un fenómeno social, y ya que esta escuela surgía como oposición a la escuela clásica no se describía al delito como un ente jurídico. Enrico Ferri define al delito como: “Toda acción determinada por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan a la moralidad media de un pueblo en un momento determinado.”⁶

⁵ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho pena guatemalteco parte general y parte especial.** Pág. 120.

⁶ *Ibid.* Pág. 121.



Se conceptualizaba al delito como un fenómeno natural o social causado por el delincuente condicionado por factores sociales, físicos y antropológicos; consideraban al criminal como un anómalo psíquico, un inadaptado.

La pena era un medio de defensa social, imponiéndose de acuerdo a la peligrosidad social y no al daño causado, proponiendo las medidas de seguridad para prevenir el delito y rehabilitar al delincuente y de esa forma evitar la reincidencia en el delito. El delincuente debía ser aislado y sometido a un tratamiento penitenciario con el objeto de lograr su readaptación.

El derecho penal no era definido por los positivistas como ciencia sino como parte de las ciencias naturales, y el método a utilizar era el inductivo o experimental. El punto medular del positivismo era el delincuente, y observan al delito como la consecuencia del actuar del individuo.

La escuela la cual se considera que es la más congruente, es la escuela clásica ya que según está la pena debe ser aplicada para proteger la seguridad de los ciudadanos y que está es un mal necesario derivado del comportamiento del individuo y de su libre albedrío. Asimismo indica que tomando como base el delito se debe castigar al delincuente. Se considera que las teorías de esta escuela son las que deben aplicarse a los delitos de corrupción ya que estos deben ser castigados según el delito que haya sido cometido.



2.1.1 Definición

La palabra delito se deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

“El delito es la conducta típica y antijurídica realizada por alguien imputable y culpable, que dará por consecuencia la punibilidad.”⁷

El Diccionario de la Real Academia Española define al delito como una “Acción u omisión voluntaria o imprudente penada por la ley.”⁸

Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales recoge la definición de delito de Jiménez de Asúa quien define al delito como “el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”⁹

El Código Penal contenido en el Decreto 17-73 del Congreso de la República no define al delito en sí, ya que ni los propios tratadistas se han puesto de acuerdo en una definición universal, el Artículo 10 en forma expresa establece: “Relación de causalidad. Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso

⁷ Amuchategui Requena, Griselda. **Derecho Penal**. Pág. 47

⁸ **Diccionario de la Real Academia Española**. Pág. 743

⁹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales**. Pág. 275.



o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta.”

Al efectuar un análisis de los conceptos anteriores y estableciendo que coinciden varios elementos se puede definir al delito como toda acción u omisión voluntaria, típica, antijurídica o contraria al derecho, culpable y esta deber ser sancionable por la ley penal.

Actualmente en el derecho penal moderno y especialmente en el guatemalteco de cultura jurídica se habla de delito, crimen, infracción penal, hecho o acto punible, conducta delictiva, acto o hecho antijurídico, hecho o acto delictuoso, ilícito penal, hecho penal, hecho criminal, contravenciones o faltas.

2.1.2. Elementos

De conformidad con la doctrina existen dos tipos de elementos: los elementos positivos que son los que conforman al delito y los elementos negativos que hacen que jurídicamente no exista el delito.

Elementos positivos:

- a) Acción o conducta humana.

Este elemento supone la voluntariedad de individuo, por medio de un hacer (una



situación positiva), es todo acaecimiento de la vida, que puede ser de la mano del hombre o de la naturaleza; que produce un cambio en el mundo exterior; o que por no hacer lo que se espera, deja sin cambio el mundo exterior cuya modificación se protege.

Este abarca tanto el hacer como el omitir hacer.

Se puede mencionar como ejemplo de la acción el individuo que hurta de una tienda algún artículo a sabiendas que debe pagar un precio por el mismo. Y como ejemplo de acción por omisión el clásico ejemplo de la enfermera que tiene a su cuidado un paciente al que debe inyectar cada cierto tiempo y a sabiendas de su obligación omite su deber.

b) Tipicidad.

La tipicidad es “Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo según el creador de la teoría, es lo que constituye la tipicidad. Por tanto el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.”¹⁰

Es el encuadramiento de la acción realizada por el delincuente dentro de la descripción de la conducta que es considerada delictiva en el ordenamiento jurídico legal.

¹⁰ Jiménez de Asúa, Luis. **Lecciones de derecho penal**. Pág. 154



c) Antijuricidad o antijuridicidad.

Es lo contrario a derecho. Es la contradicción a las normas objetivas del derecho delimitadas por la tipicidad; es toda aquella definida por el ordenamiento jurídico que no este enumerada dentro de las causas de justificación.

Este elemento positivo del delito radica en contrariar o contravenir lo establecido en la norma jurídica, para que una conducta sea considerada delictiva debe ser típica, antijurídica y culpable y punible.

d) Imputabilidad.

La comisión del hecho delictivo sólo puede ser producida por un ser humano capaz de responder penalmente por sus consecuencias como presupuesto de la culpabilidad. Es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento de acto penal que lo capacitan para responder del mismo.

“Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias, es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable... La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito...”¹¹

¹¹ *Ibíd.* Pág. 215.



La imputabilidad se puede ejemplificar en el siguiente hecho: Por ejemplo cuando un menor de edad o un incapacitado mentalmente (inimputables) encuentra dentro de una habitación un arma de fuego; pero por su poca capacidad mental y por curiosidad empieza a jugar con esta y entra una persona a la habitación, accidentalmente dispara el arma de fuego causándole la muerte.

Estaríamos ante el elemento del delito en el que no se puede imputar al menor o incapaz un delito; ya que no tiene capacidad de discernimiento y no existiría tampoco la culpabilidad.

e) Culpabilidad

Se puede conceptualizar la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Esta se fundamenta en que el autor ejecutó el acto inclinándose a quebrantar la norma pudiendo haberse conducido de una forma diferente, es decir conforme a Derecho.

f) Punibilidad.

La punibilidad es la consecuencia jurídica que se impone como resultado de la comisión de un delito. La cualidad de punible se obtiene cuando a cierta conducta se le puede aplicar una sanción una coerción señalada dentro de la ley penal.

En este elemento hay que tener dos aspectos en cuenta la necesidad de la pena y el



merecimiento.

La necesidad de la pena como una sanción obligatoria, por la advertencia de la comisión de un acto tipificado como delito y no obstante al conocimiento de la misma la realización de este.

Y el merecimiento como un elemento en el que se hace imperante y necesario la aplicación de una pena a efecto de reprimir la conducta y de ejemplificar a través de la aplicación de la misma que el Estado no tolerará acciones contrarias al ordenamiento jurídico establecido.

Este es el elemento positivo del delito en donde hay que tomar en cuenta un aumento drástico de las penas que existen en los delitos relacionados con los actos de corrupción, los cuales se tratarán más adelante.

Elementos negativos del delito:

a) Falta de acción. Este elemento negativo del delito se da cuando existe ausencia de la voluntad de actuar, de causar u ocasionar un resultado, se da en los siguientes casos:

- Fuerza irresistible. Tiene lugar cuando la fuera exterior es un hecho que se realiza de forma tal sobre el elemento que esta recae, que le es totalmente imposible detener tal fuerza, por lo que no existe la voluntariedad.

- Movimientos reflejos. Los movimientos físicos o los movimientos reflejos no constituyen acción ya que estos no son controlados por la voluntad de un individuo.
 - Estado de inconsciencia. Este es otro de los supuestos en donde no hay acción ya que como la misma palabra lo indica el individuo no tiene conciencia sobre su voluntad, pero puede ser considerado como una acción si dicho estado fue buscado conscientemente.
- b) La atipicidad o ausencia de tipo. Este elemento negativo del delito se da cuando la conducta que ha sido considerada delictiva no llena toda la descripción que ha realizado el legislador (no encuadra en el tipo penal) al describir la conducta que será considerada como un delito o falta.
- c) Las causas de justificación: Son causas que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal. Aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, que es el elemento más importante del crimen, dentro de estos se pueden indicar:
1. Legítima defensa. Es la reacción a la agresión ilegítima, o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor. Es la acción que se toma en defensa de una agresión pero se debe repeler mediante el mismo medio que haya sido empleado por el agresor, debe guardad proporcionalidad.



2. Estado de necesidad justificante. Es el peligro inmediato para bienes jurídicamente tutelados, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes jurídicamente protegidos pertenecientes a otra persona.
 3. Legítimo ejercicio de un derecho. Es aquella circunstancia en la que el agente, sin intención de delinquir, dentro de los parámetros legales, en ejercicio de un derecho o en cumplimiento de un deber, establecidos previamente, produce un resultado dañoso.
- d) Las causas de inculpabilidad. Son aquellas causas de exculpación que excluyen la culpabilidad, pues absuelven al sujeto en el juicio de reproche, para el efecto se pueden indicar los siguiente:
1. Miedo Invencible (Estado de necesidad disculpante). Se da cuando el individuo se ve amenazado de sufrir un daño que considera no poder repeler y ejecuta un hecho sin medir las consecuencias del daño que pueda causar.
 2. Fuerza exterior (Fuerza física irresistible). En ella el sujeto se ve absolutamente forzado, por un tercero, de tal manera que viene a ser un instrumento sin voluntad en manos de otro.
 3. Error (Legítima defensa putativa). En esta el sujeto realiza una acción en la creencia que realmente está amenazado, pero esta reacción debe ser proporcional al riesgo supuesto



4. Obediencia debida. La orden del superior jerárquico justifica la conducta del subordinado que la ejecuta cuando el mandato es legítimo y el subordinado obre conforme a las órdenes que la ley le impone.

5. Omisión justificada. Impedimento Legítimo. Se da cuando hay imposibilidad material de actuar.

e) Las causas de inimputabilidad. Producidos por la falta de desarrollo y salud en la mente del individuo, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber. Son la minoría de edad y el trastorno mental.

f) La falta de condiciones objetivas de punibilidad. Es muy común que un delito se realice sin agravantes o que no llegue a tener atenuantes, por lo tanto la pena aplicada se realizará de acuerdo a lo que establezca la ley adjetiva correspondiente.

La legislación guatemalteca al referirse a los elementos negativos del delito lo hace como causas que eximen de responsabilidad penal, que literalmente se refiere a:

Dentro de las causas de inimputabilidad el Código Penal guatemalteco en el artículo 23 establece: "No es imputable: 1º. El menor de edad. 2º. Quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el



carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente.”

El Código Penal citado establece en el artículo 24 como causas de justificación, las siguientes: “Son causas de justificación:

LEGITIMA DEFENSA

1º. Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.
- c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren éstas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretende entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores.

El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.



ESTADO DE NECESIDAD

2º. Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro.

Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes:

- a) Realidad del mal que se trate de evitar;
- b) Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo;
- c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

No puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse.

LEGITIMO EJERCICIO DE UN DERECHO

3º. Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que preste a la justicia.”

El citado Código Penal, establece en el artículo 25 las causas de inculpabilidad de la siguiente manera: “Son causas de inculpabilidad:



MIEDO INVENCIBLE

1º. Ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias.

FUERZA EXTERIOR

2º. Ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él.

ERROR

3º. Ejecutar el hecho en la creencia racional de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto.

OBEDIENCIA DEBIDA

4º. Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado.

La obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones:

- a) Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto;
- b) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales;



c) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.

OMISIÓN JUSTIFICADA

5º. Quien incurre en alguna omisión hallándose impedido de actuar, por causa legítima e insuperable.”

El Código Penal, contenido en el Decreto 17-73 del Congreso de la República en los artículos 26 y 27 regula los elementos accidentales del delito, y los trata como circunstancias que modifican la responsabilidad penal, ya sean atenuantes o agravantes.

2.1.3. Características

El delito produce todos aquellos efectos o consecuencias resultantes de la contravención o infracción al ordenamiento jurídico, a una norma preestablecida.

a) Es la esencia cuyo objeto de estudio realiza el derecho penal:

El Derecho Penal, tiene como fines principales la aplicación de una sanción o pena que sobreviene de la conducta de las personas, extralimitándose de los lineamientos establecidos que se dieron a conocer para su cumplimiento en una sociedad organizada como la nuestra en la que sus leyes y reglamentos son promulgados, para que sean aceptados por todos los ciudadanos y por ende cumplidos.



b) La conducta humana es el punto de partida de toda reacción jurídica penal:

Como seres humanos con capacidad para ejercer derechos y cumplir obligaciones, así como lo determina ordenamiento jurídico, para el progreso social es ineludible que las actividades y conductas de los miembros de una familia, comunidad, o sociedad, cuya finalidad es el buen establecimiento del sistema judicial y de acuerdo a la naturaleza de conflictos que surjan en un momento determinado, se resuelven de acuerdo a los intereses de la sociedad.

La conducta de los individuos es determinante, para la tranquilidad de la sociedad en general, pero no todos los individuos observan el ordenamiento jurídico y su conducta sobrepasa los límites y lineamientos establecidos o regulados por la ley, y por ello esa conducta antijurídica trae como consecuencia la aplicación de una pena y/o medida de seguridad, para el establecimiento del orden social. Artículo 22 de la Ley del Organismo Judicial, Artículo 44 de la Constitución.

c) Es la conducta o comportamiento en que se determinan elementos que la convierten en delito:

Las conductas ilícitas que se exteriorizan, producen consecuencias jurídicas y ese comportamiento debe encuadrarse dentro de algún tipo penal, así como la concurrencia de las circunstancias atenuantes o circunstancias agravantes que van a depender de otros factores que son determinantes para comprobar la culpabilidad o no de un individuo y posteriormente la pronunciación de una sentencia favorable o



desfavorable y para indicar cuáles son los elementos que contiene las conductas, necesario singularizar cada una de las figuras y adecuarla al caso concreto.

El Derecho Penal se refiere a los delitos, las penas como consecuencias de la realización los mismos, las faltas y sanciones como consecuencia de estas, versando la esencia del delito, en los elementos positivos y los negativos, indicando cuales son los elementos indispensables; para considerar una conducta de la persona como delito o como falta.

2.1.4. Clasificación

Las diferentes clasificaciones que se hacen de las infracciones a la ley penal son de tipo doctrinario, y tienen como objetivo principal, ilustrar al estudioso del derecho penal sobre, los diferentes puntos de vista, en que pueden analizarse las mencionadas infracciones. Las más comunes son las siguientes:

a) Por su estructura:

Por su estructura se clasifican en simples y complejos. Los simples son los que están compuestos de varios elementos que descritos en el tipo penal violan un solo bien jurídico tutelado. Los segundos se dan cuando hay varias acciones pero, cada una de ellas constituye un delito, se consideran que concurren varios elementos los cuales constituyen un solo delito.



b) Por su resultado:

Por su resultado los delitos se clasifican en: delitos de daño y delitos de peligro. Son delitos de daño aquellos que efectivamente lesionan el bien jurídico tutelado, produciendo una modificación en el mundo exterior. De peligro son los que proyectan a poner en peligro el bien jurídico tutelado.

c) Por su ilicitud o motivaciones:

Por su ilicitud o motivaciones los delitos se clasifican en: delitos comunes, delitos políticos y sociales. Los delitos comunes son los que lesionan o ponen en peligro valores de una persona individual o jurídica. Delitos políticos son aquellos que atacan o ponen en peligro el orden político del Estado. Y son delitos sociales aquellos que atacan o ponen en peligro el régimen social del Estado.

d) Por la forma de acción.

Por la forma de acción se clasifican en:

1. De comisión. Consisten en un acto material y positivo, dañoso o peligroso que viola una prohibición de la ley penal. Se refiere a la producción de un resultado delictivo de carácter positivo que se produce mediante una conducta humana pasiva. La conducta humana consiste en no hacer algo, infringiendo una ley preceptiva que ordena hacer algo.



2. De comisión por omisión. En ellos la conducta humana infringe una ley prohibitiva, mediante la infracción de una ley preceptiva, es decir, son delitos de acción cometidos mediante una omisión. Son aquellos en los que el sujeto activo desobedece una norma que le ordena actuar o le prohíbe adoptar una conducta determinada.

3. De simple actividad. Son aquellos que no requieren de un cambio efectivo en el mundo exterior, es suficiente la simple conducta humana.

4. Instantáneos. Aquellos que se perfeccionan en el momento de su comisión.

5. Permanentes. Aquellos en los cuales la acción del sujeto activo continúan manifestándose por un tiempo más o menos largo.

6. Delito continuado. Ficción jurídica que tiene como característica la unidad de resolución o de propósito de un mismo sujeto que ha cometido una serie de acciones constitutivas de ejecuciones consecutivas de un solo delito, en el mismo sentido. Se caracteriza por una pluralidad de hechos típicamente antijurídicos y culpables, dependientes entre sí, y constitutivos en conjunto de una unidad delictiva.

a) Por su grado de culpabilidad.

Por su grado de culpabilidad, se clasifican en dolosos, culposos y preterintencionales,



atendiendo la intencionalidad o no del sujeto activo en la comisión del acto delictivo. El delito es doloso cuando ha existido propósito deliberado de causarlo por parte del sujeto, es culposo, cuando el individuo no ha querido cometer el acto pero este se ha producido por imprudencia, negligencia o impericia del agente, y es preterintencional cuando el resultado producido es mucho más grave que el que quiso causar el sujeto.

El Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, regula en el artículo 11 lo referente al delito doloso "El delito es doloso cuando el resultado ha sido previsto o cuando sin perseguir ese resultado el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto." Según nuestro ordenamiento jurídico existe dolo cuando el individuo ya ha contemplado la posibilidad de causar un daño y sin embargo lo realiza a expensas del resultado de la comisión de este.

Asimismo se puede indicar que el dolo consiste en actuar en forma consiente, voluntaria, deliberada o inconsciente pero con representación dirigida a la producción de un resultado típico y antijurídico.

El cuerpo legal antes citado en el artículo 12 establece "El delito es culposo con ocasión de acciones u omisiones ilícitas se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia.

Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley."

El delito culposo es aquel cuya característica esencial versa en la no existencia de



voluntad de producir un resultado dañoso, ya que el agente no espera, no quiere o no se representa el peligro. En este no existe el elemento subjetivo por lo que no puede calificarse como delito tentado. Se puede indicar también que la culpa tiene lugar cuando se produce un resultado delictivo sin intención de producirlo, pero este se materializa por imprudencia, negligencia o impericia.

El Código Penal citado en el artículo 26 inciso sexto se refiere a la preterintencionalidad que tiene su origen en el principio “versari in re illicita” que proviene del Derecho Canónico; conforme a tal principio se confería responsabilidad al autor de un hecho aunque el resultado del mismo fuera totalmente alejado a la finalidad que perseguía. Nuestra legislación el citado artículo establece “No haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad, como el que se produjo.”

b) Por su gravedad.

De conformidad con el Código Penal guatemalteco, está se clasifica en delitos y faltas. Los delitos o crímenes son infracciones graves a la ley penal, mientras que las faltas o contravenciones son infracciones leves a la ley penal, de tal manera que los delitos son sancionados con mayor drasticidad que las faltas, atendiendo a su mayor gravedad. Los delitos afectan las condiciones primarias, esenciales y las contravenciones, en cambio, afectan las condiciones secundarias, accesorias.

La diferencia sustancial entre el delito y las faltas radica en la gravedad del hecho acaecido así como la clasificación jurídica que le haya dado el legislador al momento



de considerarlo como delito o falta, en Guatemala, los delitos se castigan con penas principales y accesorias. Las penas principales son: la pena de muerte, prisión, arresto y multa; las penas accesorias son: la inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito, expulsión de extranjeros del territorio nacional, pago de costas y gastos procesales; publicación de la sentencia y aquellas que sean señaladas por otras leyes, estas están reguladas en los Artículos 41 y 42 del Código Penal. Las acciones señaladas como faltas únicamente se sancionan con arresto y multa.

El derecho público tiene como elementos principales ser normativo, valorativo, finalista, cultural y esencialmente sancionador, para lo cual el Código penal guatemalteco, regula diversos ilícitos dentro de ellos los que pueden ser cometidos por funcionarios o empleados públicos los cuales serán tratados en el capítulo quinto y de ahí la importancia de la presente investigación, para la cual se llevará a cabo un análisis y una propuesta de reforma a la ley penal vigente en Guatemala con la finalidad de disminuir los actos de corrupción cometidos por funcionarios y empleados públicos.

2.2. La pena

2.2.1 Origen

Según Cesare Beccaria en su libro “De los delitos y de las Penas”, la pena se remonta a la necesidad humana de agruparse en sociedad, puesto que los hombres cansados



de vivir en un estado continuo de guerra y de gozar una libertad utópica ya que realmente no vivían en libertad por los continuos conflictos entre ellos y sin que nadie respetara ningún tipo de reglamentación o norma.

En ese entonces se vio la necesidad de crear motivos suficientes para contener el ánimo despótico de cada hombre y como una forma de evitar la venganza. Esos motivos eran las penas que fueron establecidas contra los infractores de las leyes creadas por la sociedad con el ánimo de la convivencia en común.

2.2.2. Definición

Etimológicamente la palabra pena se deriva del latín “poena” y este a su vez del vocablo griego “poine”, lo que significa dolor, relacionada a la expresión “ponos” que quiere decir trabajo, fatiga o sufrimiento.

El Diccionario de la Real Academia Española define a la pena como “Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta.”¹²

A continuación se hace referencia a las distintas definiciones de pena por varios tratadistas de derecho penal:

“Para Carra la pena es de todas suertes un mal que se inflige al delincuente; al igual que el delito, la pena es el resultado de dos fuerzas: la física y la moral, ambas subjetivas y objetivas; su fin es la tutela jurídica de los bienes y su fundamento la justicia; para que sea consecuente con su fin la pena ha de ser eficaz (aflictiva,

¹² Diccionario de la Real Academia Española. Pág.1719



ejemplar, cierta, rápida, pública y de tal naturaleza que no pervierta al reo); y para que esté limitada por la justicia ha de ser legal, no equivocada, no excesiva, igual, divisible y reparable.”¹³

Franz Von Listz, la pena es el tratamiento que el Estado impone al individuo que ha cometido una acción antisocial o que representa peligrosidad social, pudiendo ser o no un sujeto y teniendo como finalidad la defensa social.

Eugenio Cuello Calón; define a la pena como el sufrimiento impuesto por el Estado, en ocasión y ejecución de una sentencia impuesta al culpable de una infracción penal.

Se puede definir a la pena como la consecuencia jurídica provocada por la realización de un delito, que como ya se menciona este debe tener las características de una acción típica, antijurídica, culpable y punible, impuesta tras la determinación de un órgano jurisdiccional de la culpabilidad de un individuo.

Esta es la más grave sanción dentro del ordenamiento jurídico, así mismo esta afecta los bienes más importantes de un individuo; su vida, su libertad y su patrimonio.

La pena es un castigo, un mal que recae sobre una persona que ha infringido o contravenido un ordenamiento jurídico y se considera necesaria para evitar, sancionar y reprimir la posterior comisión por otros, la pena es preventiva, ejemplificando ante los otros individuos que si contrarían el ordenamiento jurídico establecido; tendrán una consecuencia desagradable frente a los demás miembros de la sociedad.

¹³ Carranca y Trujillo, Raúl. *Derecho penal mexicano, parte General* Pág. 409



2.2.3 Características

La pena tiene las siguientes características:

Intimidatoria:

La pena debe preocupar, atemorizar, escarmentar a los individuos para que no se atrevan a delinquir, por el castigo que se espera.

Aflictiva:

Esta debe causar aflicción o afectación al delincuente para que no se cometan delitos en el futuro. Debe causar un impacto a nivel psicológico, debe causar cierto temor de incurrir en algún acto contrario a la ley.

Motivadora:

La pena debe causar en el individuo una motivación tal, para que este no pretenda contravenir el ordenamiento jurídico.

Ejemplar:

Debe ser un ejemplo para prevenir un delito, los delincuentes deben observar la aplicación de las penas en otros individuos para que no cometan el mismo delito.



Legal:

Se refiere al principio de legalidad, la pena debe estar contemplada en el ordenamiento jurídico y debe ser previa a la comisión del delito.

La pena únicamente puede ser definida por el legislador quien representa a la sociedad unida por el contrato social.

Correctiva:

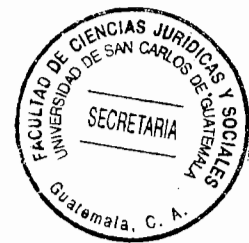
La pena debe corregir al delincuente que ha cometido un delito. Debe rehabilitar al delincuente, debe ser una de sus funciones principales, que se pretende con el castigo que le ha sido impuesto, este al finalizar su condena se haya corregido y rehabilitado.

Justa:

La pena no debe ser mayor ni menor sino que esta debe ser proporcional al daño causado y también debe ser reparadora del bien jurídico que ha sido vulnerado por la comisión de un delito.

Igual:

La pena debe ser aplicada a todos los miembros de la sociedad, tanto al más grande como al más miserable.



Pública:

La pena debe ser pública para que al ser aplicada a un individuo sea conocida por los demás miembros de la sociedad y de este modo actúe como motivación a no infringir la ley.

2.2.4 Teorías de la pena

Mediante estas se puede establecer cual es la finalidad de la pena ya que existen varias teorías con las cuales se puede determinar cual es el objeto y razón de ser de esta. A continuación se hace una breve descripción de cada una de ellas.

a) Teorías absolutas

La teoría absolutista parte de que la pena es un mal que se impone al delincuente que ha sido declarado culpable por el incumplimiento de un derecho, la esencia de la pena según esta es la compensación, concebida como reparación o retribución por el daño causado.

b) Teoría de la retribución

La teoría de la retribución, hace recordar la famosa Ley del Tali3n en la que se obliga a que el da3o sea reparado seg3n su intensidad, sanciona con relaci3n al tipo de delito cometido debido al significado que tiene para la comunidad, promoviendo la publicidad de la sanción y que esta sea proporcional al delito cometido, de esta manera la similitud



de la venganza es para que el trasgresor padezca tal cual y como lo aplicándosele, el "ojo por ojo y diente por diente".

La idea de retribución, según las teorías absolutistas, está estrechamente vinculada a razones religiosas y éticas, que confunden al delito con pecado y pena con expiación. Por lo tanto estas exigen que al mal causado por el delito siga la aflicción de la pena, para el restablecimiento del orden jurídico violado y que se realice una idea abstracta de justicia.

La delegación de Dios en los reyes del derecho a castigar fue precisamente el fundamento más importante de la pena en los Estado Absolutos.

Los exponentes más destacados de la teoría de la retribución son Kant y Hegel, que pretenden justificar el derecho a castigar no apelando a ideas religiosas sino a una fundamentación racional humanista. Para Kant la pena es un imperativo para la realización de la justicia, esto quiere decir que la pena debe ser impuesta para que se haga justicia, de tal manera que incluso si la sociedad civil se disolviera con el consentimiento de todos sus miembros el ultimo asesino que se encontrara en la prisión tendría que ser ejecutado, para que a reciba lo que merece por el delito que haya cometido. La pena para Hegel es la reacción necesaria para restablecer el orden jurídico violado y no tiene ningún fin utilitario posterior.

La teoría de la retribución o de la justicia propugna la imposición del castigo, de la pena que surge como consecuencia del daño que se ha causado por la comisión del delito.



Así mismo dice que esta debe ser tan severa como el daño que se haya ocasionado por el infractor.

c) Teorías relativas:

Las teorías relativas consideran como fin principal la utilidad de la pena a imponer. Estas teorías se fundamentan en el objeto que debe alcanzar la pena y establecen que este debe ser la prevención de futuras infracciones, la cual se logra actuando sobre el propio delincuente y sobre la colectividad.

Hay dos clases de prevención la prevención especial y la prevención general. En la prevención especial se centraliza la atención en el delincuente, a través de la pena se busca mejorarlo, resocializarlo, disuadirlo, para que no vuelva a cometer delitos en el futuro. La prevención general, concentra su mensaje en el conglomerado social, busca la publicidad en la imposición de la pena y que a través de ésta se advierta a los miembros de la sociedad a no cometer delitos.

d) Teorías mixtas o de la unión

En estas teorías intentan la conciliación de la justicia, se recoge un poco de cada una de las teorías expuestas anteriormente, es una fusión entre las teorías absolutas y las teorías relativas.

A través ellas se determina que la pena tiene fines de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La reinserción



social opera al momento de la ejecución de la pena de prisión.

De las teorías expuestas se puede deducir que la imposición de una pena persigue varios fines entre ellos uno de los más importantes es la prevención de la comisión del delito.

Con la imposición de una pena se pretende que los demás individuos integrantes de una sociedad observen su efectiva aplicación y el cumplimiento de la misma por parte del infractor. La pena debe dar un mensaje a toda la población, debe causar una impresión eficaz y durable, debe reprimir el deseo del delincuente de no reincidir nuevamente. De esta forma el derecho penal cumple su función, el motivo de su existencia, el respeto por parte de los ciudadanos a sus leyes, la convivencia pacífica y el bien común de la sociedad.

2.2.5 Clasificación de las penas

Existen diferentes clasificaciones en relación a la pena, por sus consecuencias, por su aplicación, por la finalidad que persiguen, y por el bien jurídico afectado. Por sus consecuencias estas se clasifican en:

Reversible:

La afectación dura el tiempo de la pena, pero después el sujeto vuelve a la situación en que se encontraba al igual que las cosas. Por ejemplo la pena pecuniaria, las multas.



Irreversible:

La afectación derivada de la pena hace imposible que las cosas vuelvan al estado en el que estaban.

Ejemplo: la pena corporal, que se usaba durante la edad media, donde se latigaba, quemaba y flagelaba a los delincuentes.

Por su aplicación:

Principales:

Es la pena fundamental que impone el juzgador como consecuencia de la sentencia. En el Código Penal en el Artículo 41 se establecen en específico cuales son las penas principales, la pena de muerte, prisión, arresto y multa.

Accesorias:

Es la consecuencia directa y derivada de la principal, se especifican en el artículo 42 del Código Penal "inhabilitación absoluta; inhabilitación especial, comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito; expulsión de extranjeros del territorio nacional, pago de costas y gastos procesales; publicación de la sentencia y todas aquellas que otras leyes señalen.



Por la finalidad que persigue

Correctiva:

Es aquella que pretende corregir el comportamiento del individuo, su finalidad es alcanzar la psicología del reo, con esta se pretende, que el reo en el cumplimiento de su condena, reflexione acerca de su actuar, y que dentro del preventivo se le dé un tratamiento rehabilitador, que al cumplir su condena el reo haya sido corregido.

Intimidatoria o preventiva:

Aquella que tiene como objeto la prevención de la comisión del delito, a través de la intimidación. La finalidad de la pena debe ser preventiva, debe incentivar a las personas a no incurrir en alguna acción delictiva, por el temor de la pena que se espera por la comisión de la misma.

Eliminatoria:

Esta tiene como finalidad eliminar al sujeto, ya sea de forma temporal, aplicando la prisión, o definitiva, la pena capital.

En este tipo de penas su objetivo fundamental es el de aislar al sujeto, sacarlo de su ambiente usual cuando es de forma temporal, como en la prisión preventiva. Cuando se aplica la prisión en forma definitiva la finalidad es la misma castigar al individuo



privándolo de su libertad, aislándolo, con el objeto de reformar su conducta por el delito cometido. Y finalmente la pena capital que está vigente en nuestro ordenamiento jurídico pero no es aplicada. Esta pena era aplicada en el inicio del derecho penal pero conforme se fue avanzando en el estudio del derecho y de acuerdo con la aplicación de los derechos humanos se ha ido dejando en desuso, pero en algunos países todavía es aplicada.

Al analizar las teorías y fines de la pena se ha llegado a la conclusión que la finalidad de la pena es la prevención de los delitos, que esta se puede lograr a través de la certeza de la aplicación de esta, así como la difusión de la misma.

Es por ello que se considera oportuno y necesario fomentar en los ciudadanos la confianza en el sistema judicial, y se debe eliminar la idea de la impunidad, que solo se va a lograr cuando se aplique la ley a todos los ciudadanos por igual.

La idea de impunidad en los delitos de corrupción se encuentra arraigada en el pensamiento de la población; ya que estos delitos presentan dificultad en la persecución de los mismos por la naturaleza de estos, así como por las sanciones determinadas en el Código Penal. Por lo que se considera que estas deben ser reformadas para que motiven al funcionario a no incurrir a la comisión de los mismos y que al momento en que este cometa un acto ilícito en el ejercicio de sus funciones, se le aplique una sanción drástica y la pena que se le imponga debe ser publicada para crear un efecto positivo y recobrar la confianza de los ciudadanos en el sistema de justicia



CAPÍTULO III

3. Función pública y funcionarios públicos

En el presente capítulo se desarrolla lo relativo a la función pública, su definición, principios, así como el bien jurídico protegido; en relación a los funcionarios públicos, se abordan los temas de la relación funcional, las responsabilidades en que pueden incurrir los mismos, así como la legislación aplicable.

La importancia de este capítulo estriba en el sujeto activo de los delitos de corrupción que únicamente puede ser un funcionario público en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; lo cual se puede observar en el Código Penal cuando por ejemplo en el delito de abuso de autoridad en el Artículo 418 establece: “El funcionario o empleado público que abusando de su cargo o de su función...”. Artículo 419 “Incumplimiento de deberes. El funcionario o empleado público que omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función o cargo...”

En el Artículo 447 “Malversación. El funcionario o empleado público que diere a los caudales o efectos que administrare...”

Como se puede observar en este tipo de delitos única y exclusivamente pueden ser cometidos por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de su cargo, por eso son considerados como delitos especiales.



3.1. Función pública

La sociedad en su continua lucha por alcanzar la justicia se ha empeñado en desarrollar los conceptos democráticos de justicia, igualdad y libertad, demostrando con ello la necesidad de lograr el bien común.

En aras de lo cual se organiza El Estado y se establecen parámetros bajo los cuales éste debe funcionar, que es lo que se denomina "Función Pública".

3.1.1. Definición

En nuestra legislación interna no existe un concepto de función pública, pero este es adoptado por Guatemala al ratificar la Convención Interamericana Contra la Corrupción que establece en el Artículo 1 "...Función pública", toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos."

Se considera que es un concepto acertado ya que la función pública es la que se ejerce desde el momento en que una persona acepta realizar cualquier actividad en nombre del Estado o a su servicio o sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos, además esa actividad puede ser remunerada o no.



En Guatemala la calidad de funcionario público se origina a partir del momento en que una persona individual queda ligada a un cargo público, lo acepta y toma posesión, desde ese momento se adquieren derechos, obligaciones y responsabilidades para con el Estado y viceversa

3.1.2. Principios de la función pública

El primero en caso de que exista conflicto de intereses en el ejercicio de la función pública debe interpretarse siempre a favor de la colectividad, es decir si existiera conflicto entre el interés individual versus los intereses colectivos debe primar este último.

El segundo principio está intrínsecamente ligado con esto último. El mismo estipula que los servidores públicos deben tener en cuenta que los derechos consagrados en las normas constitucionales están por encima de cualquier persona u acto y que el poder con que cuentan por ser parte del aparato estatal, debe ser ejercido y debe limitarse a lo prescrito en su carta magna.

Por último, el tercer principio tiene que ver con la reparación, pues los derechos y libertades de las personas que sean lesionados por actos provenientes de los órganos estatales deben ser reparados debidamente y en un plazo razonable. En este caso la reparación debe ser entendida en sus dos vertientes, como una sanción al funcionario o



empleado público que incumple o abusa de sus funciones ya sea intencionalmente o por culpa o negligencia y como una forma de indemnización a la víctima por el daño causado.”¹⁴

3.1.3 Bien jurídico protegido en la función pública

“El bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública lo constituye la Administración Pública, entendida como el correcto desempeño de las labores y deberes que se delegan y descargan en los servidores públicos, funcionarios o empleados públicos para que administren al Estado. Esta idea presupone aceptar que el Estado tiene por finalidad servir a los ciudadanos y garantizarles el goce de sus derechos y libertades.”¹⁵ El bien jurídico protegido en los delitos cometidos por empleados o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, es la función pública, por ello es imperante que los empleados y funcionarios que la ejerzan la misma, con ética y probidad.

3.2. Funcionario público

Existen varias teorías en relación a distinguir las diferencias entre empleado y funcionario público.

¹⁴ Ramírez Fernández, William y Vásquez Cucho Nadezhda. **Manual de delitos cometidos por funcionarios públicos en el código penal guatemalteco.** Pág 26.

¹⁵ **Delitos contra la administración pública USAID.** Pág 7.



Para Fraga Gabino el funcionario público es aquel que encuentra sus funciones establecidas en la Constitución o en la ley específica para los funcionarios, así como el empleado que las encuentra reguladas en otros reglamentos.

Asimismo señala como una distinción entre funcionario y empleado, señalando que el primero supone un encargo especial transmitido por la ley, y que crea una resolución externa que da al titular un carácter representativo, mientras que el empleado público sólo supone una vinculación interna, que hace que su titular solo concurra a la formación de la función pública.

Para Álvarez Gendin, funcionario público en el sentido estricto el funcionario público, es todo el que ejerce o participa en una función pública de una manera permanente, percibiendo haberes fijos de la administración, y hace del ejercicio de la función pública un modo de vida.

El mismo criterio sigue el profesor Godínez, al establecer que: "La tendencia moderna es la denominar a todas las personas que realizan una actividad administrativa de carácter civil, funcionarios públicos, con una orden de importancia: Superiores que se encargan de gobernar y de tomar las decisiones políticas, gobiernan al Estado; Intermedios, que coordinan y controlan la ejecución de los planes, programas y proyectos de la Administración Pública. Superiores e intermedios representan al Estado por medio de los órganos de los cuales son titulares, ante otros órganos y entidades del Estado, ante los particulares y ante sus propios subordinados.



Son funcionarios de confianza y pueden ser nombrados o destituidos en cualquier momento, salvo que se trate de funcionarios electos popularmente o que la ley señale que deben ejercer el cargo para determinado periodo. En ese caso, sólo pueden ser removidos por las causa señaladas en la propia ley.

Los funcionarios menores, llamados trabajadores o empleados del Estado, burócratas y hasta servidores, son los ejecutores de la actividad administrativa. Realizan tareas intelectuales o manuales; permanecen dentro del servicio civil más tiempo y hacen carrera administrativa. Son nombrados por oposición y únicamente pueden ser removidos con causa justificada. Se rigen por la Ley de Servicio Civil.”¹⁶

En el decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal en las disposiciones generales en el artículo I. inciso 2º define: “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.

Los notarios serán reputados como funcionarios cuando se trate de delitos que cometan con ocasión no motivo de actos relativos al ejercicio de su profesión.

Por empleado público quien, sin facultades legales de propia determinación, realiza o ejecuta lo que se le manda, o desempeña labores de agente o guardián de orden público.

¹⁶ Godínez Bolaños, Rafael. **Temas de derecho administrativo**. Pág. 1.



Para los efectos de los dos párrafos anteriores deberá entenderse que los funcionarios o empleados públicos ejercen continuamente sus funciones, mientras no sean removidos.”

En la definición de funcionario y empleado público que se da en las disposiciones generales se hace diferencia entre ambos conceptos por lo que se considera importante hacer mención que Guatemala aceptó y ratificó la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y la Convención Interamericana Contra la Corrupción en donde se unifican los conceptos.

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción en su artículo dos establece “Por funcionario público se entenderá:

- i. Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;
- ii. Toda persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte...”

Así mismo en la Convención Interamericana Contra la Corrupción se define al Funcionario Público en el artículo uno como “Funcionario público, Oficial



Gubernamental o Servidor Público, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado en todos sus niveles jerárquicos.”

Se considera que las definiciones a las que se hace referencia en las citadas convenciones son acertadas puesto que se unifica el concepto de funcionario y servidor público en uno solo y se define como la persona que presta sus servicios al Estado siendo estos remunerados o no.

3.3. La relación funcional

Relación funcional es el vínculo jurídico-laboral que une al Estado con los particulares que pasan a formar parte del servicio civil desde el momento que inician en el ejercicio del cargo hasta que se hace entrega del mismo.

3.3.1. Características del servicio civil

- a. Es un acto administrativo de nombramiento o investidura.
- b. Concorre la voluntad del Estado y la del particular.
- c. Todos los derechos y obligaciones se encuentran previamente establecidos en la ley.



3.3.2. Sistemas de ingreso al servicio civil

Entre los sistemas de ingreso al servicio civil se pueden mencionar:

- a. Sistema de ingreso libre (cualquier ciudadano puede ingresar).
- b. Sistema de ingreso por elección (se ingresa a través de un examen de oposición).
- c. Sistema de ingreso mixto (todos los ciudadanos pueden ingresar al servicio civil, siempre que demuestren sus capacidades para el ejercicio del cargo, mediante examen).

Entre los sistemas para la designación de funcionarios se mencionan:

- a. Ingreso por elección (deben ser elegidos).
- b. Ingreso por nombramiento (lo nombra el superior jerárquico)
 1. Nombramiento discrecional (el superior jerárquico sólo observa los requisitos que deban cumplirse).
 2. Nombramiento condicionado (el superior elige entre varios candidatos)
 3. Nombramiento reservado (toma en cuenta la carrera administrativa)
 4. Ingreso por contrato (contratación de profesionales y técnicos)



3.4. Responsabilidad jurídica de los funcionarios públicos

Este tipo de responsabilidad se produce cuando los funcionarios o empleados públicos infringen normas legales o dejan de cumplirlas. Las responsabilidades de tipo jurídico pueden ser:

3.4.1. Responsabilidad civil:

Surge cuando los funcionarios, en el ejercicio de su cargo, causan daños y perjuicios a los particulares (administrados), quienes deducen las responsabilidades de los funcionarios a través del Juicio Sumario de Responsabilidades, el cual está regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del Estado.

La Constitución Política de la República en su artículo 155, establece la responsabilidad solidaria del Estado y establece que " Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren." Así mismo en el citado artículo se hace mención al término de la prescripción de la responsabilidad de los funcionarios públicos en el que se establece: "La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término será de veinte años."



3.4.2. Responsabilidad penal

Surge cuando los funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus cargo, incurren en la comisión de actos que por la naturaleza del hecho mismo constituyen delitos específicos señalados en el Código Penal.

Dentro del Código Penal existen una serie de delitos o faltas en que los funcionarios públicos pueden incurrir en ejercicio de su cargo, aunque hay que aclarar que el funcionario público puede incurrir en cualquier delito de los tipificados en el Código Penal siempre que no se encuentre en el ejercicio de su cargo ya que esta característica es la que reviste al delito de esa especialidad.

A manera de ejemplo de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos se puede citar el artículo 53 del Código Municipal, Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala en el cual se establecen las atribuciones y obligaciones del alcalde municipal entre las que se encuentran: “f) disponer gastos, dentro de los límites de su competencia; autorizar pagos y rendir cuentas con arreglo al procedimiento legalmente establecido...”

Como atribuciones del tesorero en el artículo 87 del mismo cuerpo legal se establece: “d) Efectuar los pagos que estén fundados en las asignaciones del presupuesto, verificando previamente su legalidad. Si los hiciere sin cumplir los requisitos y formalidades de ley, deberá reintegrar su valor al erario municipal, sin perjuicio de las responsabilidades en que hubiere incurrido...”



En los artículos anteriores se pueden establecer las obligaciones que tienen tanto el alcalde como el tesorero municipal las cuales se encuentran establecidas dentro del Código Municipal; al momento en que alguno de los dos incumpla con su obligación por ejemplo que el tesorero efectúe un pago ordenado por el alcalde municipal sin haber verificado previamente su legalidad; el tesorero incurriría en el delito de peculado culposo, ya que según lo establecido en el código penal en el artículo 446 por la falta de negligencia o falta de celo dio lugar a que se sustrajeran efectos públicos. Y el alcalde municipal incurriría en el delito de peculado ya que según el artículo 445 este sustrajo o consintió que otro sustrajere dinero o efectos públicos que tiene a su cargo por razón de sus funciones, por haber autorizado un pago que no cumplía con los requisitos legales.

3.4.3. Responsabilidad administrativa

Surge cuando el superior jerárquico sanciona al inferior, quien ha incurrido en faltas contra la administración. Este tipo de responsabilidad se origina del ejercicio de la competencia administrativa. Dentro de la administración pública existen varios tipos de sanciones cuando el funcionario incumple con alguna función inherente a su cargo; las sanciones que se pueden imponer al funcionario que ha incurrido en alguna falta se encuentran reguladas en la Ley del Servicio Civil.

También se puede deducir la responsabilidad administrativa de un funcionario cuando las resoluciones y los actos emanados de los funcionarios públicos, afectan los derechos de los particulares, reconocidos por las normas legales, En este caso, son los



particulares los que se ven afectados y ellos son los que tienen la facultad de exigir el control administrativo, para que se revise la actuación y se revoque o modifique.

Los administrados pueden hacer uso de los recursos legales que se encuentran dentro de la legislación guatemalteca siendo estos el recurso de revocatoria, reclamo, reposición, apelación entre otros, son resueltos por el funcionario superior y en otros casos, cuando la resolución fue emanada por el propio funcionario superior, éste mismo resuelve.

“Si los recursos administrativos no satisfacen al particular, una vez agotado el procedimiento administrativo, entonces funcionan las acciones judiciales, demandando a la Administración pública ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Hay otras acciones judiciales como el Amparo, de constitucionalidad, Exhibición personal, que también pueden utilizar los particulares, para que los actos administrativos se sometan a las normas legales vigentes.

En otros casos, la acción puede entablarse ante las salas de Trabajo y Previsión Social (por ejemplo para reclamar prestaciones al IGSS o a los trabajadores del Estado para oponerse a despidos y pedir la reinstalación o el pago de sus prestaciones laborales.”¹⁷

¹⁷ Calderón, Hugo Haroldo. **Derecho Admnsitrativo**. Pág. 273.



3.5. Legislación interna aplicable a los funcionarios públicos

Entre la legislación aplicable a los funcionarios públicos se puede mencionar entre otras: la Ley del Servicio Civil, Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, Ley de Salarios, Ley de Clases Pasivas, Ley de Aguinaldos, Ley de Bonificaciones, Ley de Sindicalización y Regulación de la Huelga de los Trabajadores del Estado y para algunas entidades descentralizadas sus leyes orgánicas, estatutos y reglamentos propios.

En la Constitución Política de la República, en el Artículo 107, se establece que los trabajadores del Estado están al servicio de la administración pública y nunca de partido político, grupo, organización o persona alguna.

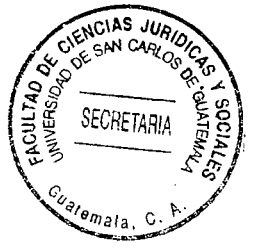
En el Artículo 108, se indica que las relaciones del Estado y sus entidades descentralizadas o autónomas con sus trabajadores se rigen por la Ley de Servicio Civil con excepción de aquellas que se rijan por leyes o disposiciones propias de dichas entidades.

Asimismo señala que los trabajadores del Estado o de sus entidades descentralizadas o autónomas que por ley o por costumbre reciban prestaciones que superen a las establecidas en la Ley de Servicio Civil, conservan ese trato. Las relaciones del Estado y sus entidades se rigen por la Ley de Servicio Civil, con excepción de aquellas que se rijan por leyes o disposiciones propias, como lo establece el Artículo 109 de la Constitución Política de la República de Guatemala.



En nuestra Carta Magna se establece de manera general lo relativo al Estado y los funcionarios públicos, comprendido del Artículo 107 al 117 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

En la Ley de Servicio Civil, se establece que la misma tiene el carácter de orden público y los derechos que consigna son garantías mínimas irrenunciables para los servidores públicos las cuales son susceptibles de ser mejoradas conforme a las necesidades y posibilidades del Estado. Establece que son nulas ipso jure, las disposiciones y actos que impliquen renuncia, disminución o tergiversación de los derechos que la Constitución establece, de los que la Ley de Servicio Civil señala y de todos aquellos derechos adquiridos con anterioridad a la ley.



CAPÍTULO IV



4. La corrupción

La corrupción es un problema de descomposición social que se ha extendido a todas las instituciones del Estado Guatemalteco.

La falta de ética y de probidad en los funcionarios ha provocado el incremento en los actos de corrupción, ya que a estos no les importa la imagen que proyecten ante la sociedad, y esto ha ocasionado la falta de confianza en el sistema de justicia, los guatemaltecos perciben que los actos de corrupción no son castigados. Se ha convertido en el diario vivir, noticia tras noticia de actos de corrupción se ha convertido en una práctica común.

La explicación del porque en los últimos tiempos se han hecho públicos un sin número de casos de corrupción, no se debe a un sinceramiento social.

Aparentemente, la explicación a la importancia que se le ha dado al problema se debe buscar en otra parte: por un lado, en disputas internas de las elites por el poder; por otro lado, en ciertas exigencias planteadas desde el contexto internacional (globalización) que presionan a las elites a ciertas actitudes frente al manejo del Estado y del sistema productivo.



La debilidad institucional de la democracia ha contribuido al sostenimiento de un sistema paralelo integrador de corrupción negra frente al sistema legítimo en plena crisis. Este sistema es concebido y mantenido por la elite tradicional.

A pesar de las deficiencias estructurales, el problema de la corrupción no tiene, origen en el Estado, sino en la falsa ética propugnada y predicada por los funcionarios públicos, la deficiencia en la fiscalización en el manejo de los fondos públicos y la falta de controles eficientes para una administración transparente.

La principal repercusión de los hechos de corrupción por los medios masivos ha sido su costo moral. Cuando la ética pública no apropiada, cuando la opinión pública tiene en general un concepto negativo de la política, la corrupción se tolera porque se considera una consecuencia inevitable del ejercicio del poder.

Los medios de comunicación son indispensables para la formación de una opinión colectiva, especialmente sobre una cuestión tan secreta y clandestina por definición. Sin embargo, su accionar está en función de la actualidad de la noticia; una vez que esta pierde actualidad pasa al olvido contribuyendo a que los ciudadanos comunes mantengan una actitud apática en esencia.

Es correcto que la ineficiencia de los servicios públicos genera corrupción; pero también es cierto que el nivel de integración social y la percepción de metas sociales son bajas. No se puede pretender una óptima relación del ciudadano común con las reglas



institucionales si aquel se encuentra fuera o se siente fuera de los propósitos de la sociedad.

La corrupción facilita a menudo otro tipo de hechos criminales como el tráfico de drogas, el lavado de dinero, la trata de blancas entre otros; aunque no se restringe a estos crímenes organizados, y no siempre apoya o protege otros crímenes.

El tema de la corrupción ha tomado en la actualidad especial relieve, sobre todo a raíz de la comprobación, en países extranjeros, de vastas "redes" de negociados en los que han sido piezas claves personas investidas de autoridad o colocadas en cargos públicos, las que se han valido de su poder e influencias para favorecer intereses no limpios y ganancias ilegítimas. Los hechos que ha reseñado la prensa han sucedido en países en que abunda el dinero, pero no es seguro que en naciones más pobres no exista el flagelo de la corrupción.

La corrupción se ampara en el silencio, en manipulaciones reservadas que procuran no dejar rastro. Cuando hace uso de la violencia y de amenazas hasta de muerte, se le atribuye el nombre de mafias o carteles.

Una vez que alguien ha cedido a las insinuaciones de la corrupción, adquiere tejado de vidrio y se ve en la necesidad de guardar silencio y de aceptar, mal que le pese, un status de complicidad: quien se ha dejado corromper vivirá condicionado por el temor de que su situación sea conocida y de perder su fama y prestigio.



4.1. Concepto

El Diccionario de la Real Academia Española define la corrupción como: “Vicio o abuso introducido en las cosas no materiales.”¹⁸

El autor Guillermo Cabanellas da su definición de la siguiente manera: “Corrupción del latín corruptiō, corruptiōnis; a su vez del prefijo de intensidad com y rumpere, romper. Venia de de las personas revestidas de autoridad pública.”¹⁹

Existe coincidencia en que el concepto de corrupción fue originalmente utilizado para definir el proceso de deterioro de productos biológicos, como resultado de la insuficiencia o fin de las funciones vitales. Y se lo generalizó metafóricamente hacia las cuestiones que hacen a la moral; es decir para definir el deterioro de valores reconocidos por la sociedad, con o sin sanción jurídica.

“La corrupción en Guatemala es el aprovechamiento premeditado de la autoridad o el poder político y/o administrativo, tanto en el ámbito público como en el privado, que determinadas personas o grupos hacen en provecho propio. Este aprovechamiento puede ser con fines políticos o pecuniarios en detrimento de los derechos o intereses de la organización, la comunidad o de la Nación, incumpliendo o infringiendo para el efecto las normas - social o jurídicamente establecidas que rigen sus actividades.”²⁰

¹⁸ Diccionario de la Real Academia Española. Pág 668.

¹⁹ Cabanellas, Guillermo. Diccionario de derecho usual. Pág 533.

²⁰ Acción ciudadana. La corrupción en Guatemala. Pág 25.



En resumen la corrupción es el acto mediante el cual el funcionario es corrompido en el buen ejercicio de las funciones públicas que le fueron encomendadas, y que por el hacer o no hacer de las mismas se produce un perjuicio hacia el Estado y generalmente producen un beneficio para este.

4.2. Características

Pueden distinguirse cuatro elementos que caracterizan a la corrupción:

- a) Toda acción corrupta, consiste en la trasgresión de una norma.
- b) Se realiza para la obtención de un beneficio privado.
- c) Surge dentro del ejercicio de una función asignada.
- d) El individuo corrupto intenta siempre encubrir activamente su comportamiento.

Estas características relacionan la conducta del agente corrupto al secreto, la apariencia de legalidad y la alteración de las funciones públicas, para conseguir una ventaja privada.

El aspecto medular de esta conducta radica en que la gente realiza la acción corrupta cumpliendo una función que cae dentro de la esfera de atribuciones que le compete, de acuerdo a normas legales o administrativas vigentes.

La corrupción como una manipulación o transgresión encubierta de las normas que rigen una organización racional, con vistas a lograr, un beneficio privado.



Habrá corrupción, probablemente cuando alguien tiene un poder monopólico sobre un bien o sobre un servicio, posee la discrecionalidad de decidir quién lo va a recibir o no y en qué medida, y falta transparencia, entendido esto como la falta de controles sobre las acciones del sujeto en su función.

Un aspecto importante a considerar al caracterizar la corrupción en su rasgo elusivo que se refiere a la naturaleza secreta que adquiere los actos corruptos, siendo este un fenómeno de encubrimiento activo ya que se realiza de un modo intencionado.

Este carácter elusivo hace difícil su definición, dada su naturaleza secreta, e intento de ser invisible a cualquier espectador. Esto explica la existencia de la gran variedad de perspectivas que intentan aclarar su significado, y también las dificultades a la hora de cuantificar el fenómeno.

La esencia más lesiva de la corrupción, radica en que importantes decisiones son determinadas por móviles ajenos al beneficio colectivo, sin importar las consecuencias que acarrearán para la sociedad.

4.3. Causas

Las causas pueden ser endógenas (internas) o exógenas (externas):

Entre las muchas causas endógenas (las que tienen que ver con el individuo) se pueden enlistar las siguientes:



- a) Falta de valores humanistas.
- b) Carencia de una conciencia social. El Estado no se ha esforzado por incentivar a los funcionarios públicos a proteger el patrimonio estatal y con ello coadyuvar al bien común.
- c) Falta de educación. Muchas veces los actos de corrupción son cometidos por los funcionarios públicos ya que estos desconocen sus funciones y atribuciones del cargo para el cual han sido nombrados.
- d) Desconocimiento legal. Algunos de los funcionarios públicos desconocen el sistema legal lo que tiene como efecto que estos incurran en acciones ilegales.
- e) Paradigmas distorsionados y negativos (materialistas)

Como elementos exógenos de la corrupción (los que dependen de la sociedad), se mencionan:

- a) Impunidad en los actos de corrupción: la dificultad que se presenta tanto para fiscales para investigar los delitos de esta naturaleza como para los juzgadores al momento de aplicar la ley y las sanciones establecidas en esta, aunado al tráfico de influencias que manejan los funcionarios de alto nivel.



- b) Modelos sociales que transmiten anti-valores (valores negativos). La sociedad con el paso del tiempo ha perdido ciertos valores, lo cual se ve reflejado en los últimos años en la proliferación de distintos delitos, puesto que ya no se les da la importancia a la ética y la moral.
- c) Excesivo poder discrecional del funcionario público. Se debe especificar las funciones y atribuciones de los funcionarios a efecto de evitar el abuso de poder.
- d) Concentración de poderes y de decisión en ciertas actividades del gobierno.
- e) Soborno internacional
- f) Control económico o legal sobre los medios de comunicación que impiden se expongan a la luz pública los casos de corrupción.

Debido al poder que detentan los altos funcionarios muchas veces la población no se entera de los delitos que han cometido estos funcionarios por el poder que ejercen sobre los medios de difusión social.

- g) Salarios demasiado bajos. Incrementar los salarios sería una forma no de evitar la corrupción pero si de reducirla, ya que en muchos casos los salarios no son proporcionales a las funciones y cargos que se desempeñan por funcionarios de alto nivel.



- h) Falta de transparencia en la información concerniente a la utilización de los fondos públicos y de los procesos de decisión. La Contraloría General de Cuentas juega un papel muy importante dentro de la fiscalización del buen manejo de los fondos públicos y mediante esta es que se obtiene la transparencia en la administración de los mismos.
- i) Poca eficiencia de la administración pública. A efecto de mejorar eficiencia dentro de la administración pública se debe capacitar e incentivar constantemente al personal administrativo.

4.4. Formas de corrupción

Las formas que toma la corrupción son muy variadas. He aquí algunos ejemplos más corrientes:

Una forma sutil de corrupción puede darse cuando se hacen donativos importantes, aparentemente gratuitos y desinteresados, pero que tienen la finalidad de captar la benevolencia de quien es o puede llegar a ser poderoso, o prevenir su posible mala voluntad. Se trata de una especie de seguro contra previsibles acciones perjudiciales para el que hace el obsequio.

Lo mismo podría decirse de distinciones u homenajes cuya concesión no tiene como fundamento los méritos del agraciado, sino el deseo de halagarlo y captar su



benevolencia o influencias. Si los obsequios o contribuciones son exigidos, la corrupción toma características de cohecho.

En los medios en que hay mucha corrupción se aducen excusas que terminan por ser aceptadas como justificaciones del sistema: "todos lo hacen", "autoridad que no abusa se desprestigia", "es parte del precio", "si no pago la "comisión" me quedo sin trabajo", "los negocios son los negocios", frases como estas son las que se encuentran arraigadas en la mente de los funcionario públicos y que poco a poco se van haciendo cada vez más comunes y posteriormente estas se convierten en hechos.

Los ejemplos que ofrecen las sociedades organizadas del crimen y los "carteles" todopoderosos del narcotráfico, son las consecuencias de haber permitido que la corrupción se proliferara, cerrando los ojos a las evidencias, y aduciendo fácilmente, cada vez que aparece un caso, que "se trata de una situación aislada", o que "el caso está bajo control", sin adoptar las medidas drásticas y tajantes que son las que resguardan realmente el bien común.

La corrupción afecta todos los ámbitos de la vida de un país, incluyendo los derechos humanos de las personas.

Los funcionarios judiciales y la policía prestan mayor atención a los sobornos que a la ley. Los hospitales no curan a las personas porque el cuerpo médico brinda mejor tratamiento a los pacientes que les ofrecen sobornos o porque las clínicas carecen de suministros a causa de los procedimientos corruptos de contratación pública.



Las familias pobres no alcanzan a alimentarse porque los programas sociales son corruptos o porque son desviados para financiar las campañas políticas disfrazadas de ayuda gubernamental a la cual cada gobierno está obligado a realizar; que no es un favor el que le hace al pueblo, que toda la ayuda que proporcionan es con impuestos generados por la misma población. Las escuelas no pueden ofrecer a sus estudiantes una educación sólida porque han sustraído del presupuesto asignado a la educación y, como resultado, a los maestros no se les paga y no se pueden comprar libros.

De muchas formas, como las anteriormente mencionadas, la corrupción priva de sus ingresos a los grupos más vulnerables e impide que los individuos gocen de todos sus derechos políticos, civiles, sociales, culturales y económicos.

La corrupción viola los derechos humanos de aquéllos a quienes perjudica y tiene un impacto desproporcionado sobre las personas que pertenecen a grupos vulnerables (tales como las minorías, los pueblos indígenas, trabajadores inmigrantes, personas con discapacidad, personas con VIH/ SIDA, refugiados, prisioneros y personas pobres). También afecta, en forma desproporcionada a las mujeres y a los niños.

Aquellos que cometen actos de corrupción intentarán protegerse para no ser detectados y para mantener sus posiciones de poder. Al hacerlo, es posible que opriman más a aquéllos que no están en posición de ventaja, lo que incluye a la mayoría de las personas que pertenecen a los grupos antes mencionados. Estas personas tienen menos capacidad para defenderse frente a actos de corrupción por lo



tanto, cuando son víctimas de corrupción se re-fuerza la exclusión social a la que están expuestos.

En algunos casos, es su propia vulnerabilidad la que hace a ciertos grupos víctimas fáciles de la corrupción. Por ejemplo, los funcionarios corruptos pueden obtener dinero de los trabajadores inmigrantes que carezcan de un permiso de residencia al amenazarlos con la deportación, a sabiendas de que ellos no tienen dónde presentar una queja.

A continuación se hace una breve descripción de la forma en que se ven afectados distintos grupos de la población a efecto de la corrupción.

a) Las mujeres

La corrupción impacta de forma diferente a los hombres y a las mujeres y en muchos casos refuerza y perpetúa las desigualdades de género existentes. La falta de acceso de las mujeres al poder económico y político las excluye de las redes que dan acceso a los organismos de toma de decisión. En los lugares en que los hombres controlan las instituciones, las mujeres no tienen suficiente poder para desafiar la corrupción o al clientelismo. La corrupción en las ramas legislativa y ejecutiva del Estado puede permitir que queden vigentes leyes discriminatorias.

La corrupción en la rama judicial puede discriminar contra las mujeres que carezcan de medios para pagar sobornos y tener así entrada al sistema judicial. En algunas



sociedades, las mujeres se consideran –tradicionalmente- como participantes activos en los procesos judiciales (donde deben ser representadas por sus familiares varones). Asimismo, muchos procesos informales o paralelos de toma de decisiones no tienen controles para frenar la corrupción.

La falta de acceso de las mujeres a la justicia las puede exponer a una serie de actos de corrupción. El tráfico y la Trata, por ejemplo, a menudo incluye la corrupción de funcionarios de fronteras, policías y miembros del poder judicial. Como inmigrantes ilegales, con frecuencia sin documentos de identidad y sujetas a violencia (sexual) es evidente que a las mujeres que son víctimas del tráfico se les dificulta buscar protección ante los tribunales.

b) Niños y niñas

La corrupción puede violar los derechos que los niños comparten con los adultos, incluyendo el derecho a la vida y el derecho a la salud. Además, puede vulnerar algunos derechos especialmente importantes para ellos, como el derecho a la educación. Como se explica con más detalle en la sección sobre el derecho a la educación, la corrupción en el sector educacional viola, con frecuencia, los derechos de los niños. Las prácticas de corrupción dañan también con frecuencia otros tres derechos particularmente relevantes para los niños tales como: el derecho del niño a ser protegido durante los procesos de adopción, el derecho a la protección contra el tráfico o la explotación sexual y el derecho a ser protegido del trabajo infantil.



c) Personas que viven en la pobreza

Se ha comprobado que la corrupción tiene un impacto gravemente perjudicial sobre las personas que viven en la pobreza, cuando se comparan con los grupos de personas que disfrutan de un ingreso mayor.

La corrupción no sólo afecta al desarrollo económico y desalienta la inversión extranjera en un país, afectando de manera indirecta a los más pobres, sino que además la corrupción reduce el ingreso neto de aquéllos que viven en la pobreza, distorsiona las políticas, programas y estrategias dirigidas trazados para satisfacer sus necesidades básicas y desvía los recursos públicos para inversiones en infraestructura, que son elementos de importancia crucial para lograr reducir la pobreza en un país.

Por ejemplo, cuando la corrupción es generalizada, los pobres están expuestos, como el resto de las demás personas, al cohecho en pequeña escala de los funcionarios públicos (especialmente en los servicios de salud, en la aplicación de la ley y en los sectores judiciales), sin embargo el efecto proporcional en sus ingresos es más gravoso.

La corrupción en gran escala, por su parte, daña la calidad de los servicios públicos de los que dependen, en grado mayor, para cubrir sus necesidades básicas.

De nuevo, son los más pobres quienes se afectan en forma desmesurada.



d) Los indígenas y las minorías

Los pueblos indígenas y las minorías sufren, en forma especial, los efectos de la corrupción. Por lo general se encuentran entre los grupos más pobres y con mayor desventaja dentro de la sociedad.

Las mujeres indígenas o pertenecientes a una minoría están expuestas a riesgos aún mayores.

Las comunidades indígenas, están muy vinculadas a la tierra en la que viven de forma colectiva, por lo que son particularmente vulnerables a la corrupción no sólo en los proyectos de infraestructura, sino que, también, se ven afectados cuando existe corrupción en la venta y registro de tierras.

La marginalidad que sufren muchas comunidades indígenas, que muchas veces carecen de acceso equitativo a la educación, no les permite apropiarse de sus derechos legales. El resultado es que, con mucha frecuencia, no tienen acceso a la información necesaria ni a los mecanismos para denunciar la corrupción.

La falta de acceso a la justicia agrava los riesgos de sufrir perjuicios desproporcionados. Rara vez se escuchan las voces indígenas en las discusiones políticas por lo que estas poblaciones tienen muy poca influencia sobre el diseño y la implementación de las políticas y programas anticorrupción que pudieran mejorar su nivel de vida.



4.5. Consecuencias de la corrupción

Las consecuencias derivadas de los actos de corrupción son diversas, en lo económico, los altos índices de corrupción influyen en los inversionistas tanto extranjeros como nacionales a no invertir en un país corrupto. Los inversionistas se ven obligados a pagar un “impuesto” ya sea al momento de otorgarles algún proyecto o posterior a habérselo otorgado, para que puedan continuar con sus operaciones o para adjudicarle otros proyectos.

En otros casos se adjudican proyectos millonarios a las mismas empresas, ya no existe la competitividad, ya no se busca al mejor en el ramo y lo peor de todo es que muchas veces las empresas no llenan los requisitos mínimos para ser contratadas. Lo que finalmente provoca un problema social puesto que las constructoras ya no tienen la capacidad de finalizar los proyectos o si los finalizan son de mala calidad y necesitan reparaciones a corto plazo, perjudicando a la población.

El efecto negativo al que se debe prestar mayor importancia es dentro del sector justicia. La población no tiene confianza o credibilidad en el juzgamiento de los delitos cometidos por funcionarios públicos, derivado de las pocas sentencias emitidas en contra de altos funcionarios. Se ha proyectado una imagen de impunidad, pero realmente es todo el sistema el que necesita un cambio sustancial, se necesita eliminar de la mente del guatemalteco que no se juzga a los funcionarios por sus influencias, se necesita ejemplificar con los altos funcionarios la estricta y justa aplicación de la ley; para que los ciudadanos puedan percibir el castigo que reciben los infractores de la ley

sin distinción alguna, y de esta forma se logrará disminuir del problema de la corrupción.



4.6 Regulación anti corrupción en Guatemala

4.6.1. Normas internacionales ratificadas por Guatemala

Dentro del marco internacional aceptado y ratificado por Guatemala se encuentran la Convención Interamericana Contra la Corrupción así como la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y en estas se establecen lineamientos que deben ser adoptados por los países signatarios así como se deben implementar las modificaciones o reformas que se consideren necesarias a efecto de erradicar la corrupción.

a) La Convención Interamericana Contra la Corrupción

Indica ciertos actos de corrupción en su artículo VI el cual señala:

Artículo VI "Actos de corrupción:

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

- a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario



- a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;
- d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y
- e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.



2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.”

Al revisar los acuerdos que los Estados alcanzan cuando adoptan convenciones internacionales es posible tener una idea de lo que ellos generalmente consideran como “actos corruptos”. La mejor fuente para ello es la Convención de Las Naciones Unidas Contra La Corrupción, puesto que brinda la lista más reciente y amplia de tales actos. Además, representa a una amplia gama de puntos de vista, al ser el único tratado anticorrupción abierto a la membresía universal, ya que todas las otras convenciones son regionales. A continuación se enlistan los actos de corrupción medulares. Es importante observar, sin embargo, que esta no es una lista exhaustiva. El desarrollo progresivo pudiera incrementar esta lista, incluyéndose otros actos en el futuro.

Soborno (Arts. 15 y 16)

Puede definirse como la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido, a un funcionario público, o que éste solicite o acepte, directa o indirectamente, un beneficio indebido para sí mismo u otra persona o entidad a cambio de que el servidor actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

Se reconocen varias formas distintas de soborno. Al acto de ofrecer un soborno se le conoce comúnmente como soborno activo y al acto de aceptarlo como soborno pasivo.



El soborno a los funcionarios públicos extranjeros y a los funcionarios de organizaciones públicas internacionales se le denomina soborno transnacional.

Malversación o peculado (Art. 17)

Se puede definir como la apropiación indebida u otro desvío, por parte de un funcionario público, para fines no relacionados a aquéllos hacia los cuales los bienes, fondos o títulos públicos fueron destinados, para su beneficio o para el beneficio de otra persona o entidad de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se haya confiado al funcionario público en virtud de su cargo.

Tráfico de influencias (Art. 18)

Se puede definir como la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, o la solicitud o la aceptación, por parte de un funcionario público u otra persona, directa o indirectamente, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia, real o supuesta, para obtener de una administración o autoridad pública un beneficio indebido para el instigador original del acto o para cualquier otra persona.

El tráfico de influencias se divide también, por lo general, en su forma activa (otorgar un beneficio a cambio de influencia) y su forma pasiva (solicitar o aceptar un beneficio a cambio de influencia).



Abuso de funciones (Art. 19)

Se puede definir como la realización u omisión de un acto en contravención de la ley, llevado a cabo por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad.

Enriquecimiento ilícito (Art. 20)

Se puede definir como un incremento significativo del patrimonio de un funcionario público que no puede justificarse razonablemente en relación a sus ingresos legítimos.

b) Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción

El artículo 60 de dicha Convención regula:

“Capacitación y asistencia técnica

1. Cada Estado Parte, en la medida necesaria, formulará, desarrollará o perfeccionará programas de capacitación específicamente concebidos para el personal de sus servicios encargados de prevenir y combatir la corrupción.

Esos programas de capacitación podrán versar, entre otras cosas, sobre:



- a) Medidas eficaces para prevenir, detectar, investigar, sancionar y combatir la corrupción, incluso el uso de métodos de reunión de pruebas e investigación;
- b) Fomento de la capacidad de formulación y planificación de una política estratégica contra la corrupción;
- c) Capacitación de las autoridades competentes en la preparación de solicitudes de asistencia judicial recíproca que satisfagan los requisitos de la presente Convención;
- d) Evaluación y fortalecimiento de las instituciones, de la gestión de la función pública y la gestión de las finanzas públicas, incluida la contratación pública, así como del sector privado;
- e) Prevención y lucha contra las transferencias del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y recuperación de dicho producto;
- f) Detección y embargo preventivo de las transferencias del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;
- g) Vigilancia del movimiento del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, así como de los métodos empleados para la transferencia, ocultación o disimulación de dicho producto;



- h) Mecanismos y métodos legales y administrativos apropiados y eficientes para facilitar la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;
- i) Métodos utilizados para proteger a las víctimas y los testigos que cooperen con las autoridades judiciales; y
- j) Capacitación en materia de reglamentos nacionales e internacionales y en idiomas.

2. En la medida de sus posibilidades, los Estados Parte considerarán la posibilidad de prestarse la más amplia asistencia técnica, especialmente en favor de los países en desarrollo, en sus respectivos planes y programas para combatir la corrupción, incluido apoyo material y capacitación en las esferas mencionadas en el párrafo uno del presente artículo, así como capacitación y asistencia e intercambio mutuo de experiencias y conocimientos especializados, lo que facilitará la cooperación internacional entre los Estados Parte en las esferas de la extradición y la asistencia judicial recíproca.

3. Los Estados Parte intensificarán, en la medida necesaria, los esfuerzos para optimizar las actividades operacionales y de capacitación en las organizaciones internacionales y regionales y en el marco de los acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales pertinentes.



4. Los Estados Parte considerarán, previa solicitud, la posibilidad de ayudarse entre sí en la realización de evaluaciones, estudios e investigaciones sobre los tipos, causas, efectos y costos de la corrupción en sus respectivos países con miras a elaborar, con la participación de las autoridades competentes y de la sociedad, estrategias y planes de acción contra la corrupción.
5. A fin de facilitar la recuperación del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, los Estados Parte podrán cooperar facilitándose los nombres de peritos que puedan ser útiles para lograr ese objetivo.
6. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de recurrir a la organización de conferencias y seminarios subregionales, regionales e internacionales para promover la cooperación y la asistencia técnica y para fomentar los debates sobre problemas de interés mutuo, incluidos los problemas y necesidades especiales de los países en desarrollo y los países con economías en transición.
7. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de establecer mecanismos voluntarios con miras a contribuir financieramente a los esfuerzos de los países en desarrollo y los países con economías en transición para aplicar la presente Convención mediante programas y proyectos de asistencia técnica.
8. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de hacer contribuciones voluntarias a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito con el propósito de impulsar, a través de dicha Oficina, programas y proyectos en los países en

desarrollo con miras a aplicar la presente Convención.



Artículo 61. Recopilación, intercambio y análisis de información sobre la corrupción:

1. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de analizar, en consulta con expertos, las tendencias de la corrupción en su territorio, así como las circunstancias en que se cometen los delitos de corrupción.

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de desarrollar y compartir, entre sí y por conducto de organizaciones internacionales y regionales, estadísticas, experiencia analítica acerca de la corrupción e información con miras a establecer, en la medida de lo posible, definiciones, normas y metodologías comunes, así como información sobre las prácticas óptimas para prevenir y combatir la corrupción.

3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de vigilar sus políticas y medidas en vigor encaminadas a combatir la corrupción y de evaluar su eficacia y eficiencia.

4.6.2. Normas nacionales

Dentro de la legislación nacional contra la corrupción como primer norma se puede mencionar al Código Penal en donde se encuentran regulados los tipos penales de delitos cometidos por funcionarios públicos, los cuales se desarrollarán en el capítulo siguiente.



Ley de Acceso a la información en Guatemala Decreto 57-2008 del Congreso de la República indica en sus artículos lo siguiente relativo a la corrupción:

Artículo 1. Objeto de la Ley. La presente ley tiene por objeto:

1. Garantizar a toda persona interesada, sin discriminación alguna, el derecho a solicitar y a tener acceso a la información pública en posesión de las autoridades y sujetos obligados por la presente ley;
2. Garantizar a toda persona individual el derecho a conocer y proteger los datos personales de lo que de ella conste en archivos estatales, así como de las actualizaciones de los mismos;
3. Garantizar la transparencia de la administración pública y de los sujetos obligados y el derecho de toda persona a tener acceso libre a la información pública;
4. Establecer como obligatorio el principio de máxima publicidad y transparencia en la administración pública y para los sujetos obligados en la presente ley;
5. Establecer, a manera de excepción y de manera limitativa, los supuestos en que se restrinja el acceso a la información pública;
6. Favorecer por el Estado la rendición de cuentas a los gobernados, de manera que puedan auditar el desempeño de la administración pública;



7. Garantizar que toda persona tenga acceso a los actos de la administración pública.

Artículo 6. Sujetos obligados. Es toda persona individual o jurídica, pública o privada, nacional o internacional de cualquier naturaleza, institución o entidad del Estado, organismo, órgano, entidad, dependencia, institución y cualquier otro que maneje, administre o ejecute recursos públicos, bienes del Estado, o actos de la administración pública en general, que está obligado a proporcionar la información pública que se le solicite, dentro de los que se incluye el siguiente listado, que es enunciativo y no limitativo:

1. Organismo Ejecutivo, todas sus dependencias, entidades centralizadas, descentralizadas y autónomas;
2. Organismo Legislativo y todas las dependencias que lo integran;
3. Organismo Judicial y todas las dependencias que lo integran;
4. Todas las entidades centralizadas, descentralizadas y autónomas;
5. Corte de Constitucionalidad;
6. Tribunal Supremo Electoral;
7. Contraloría General de Cuentas;
8. Ministerio Público;
9. Procuraduría General de la Nación;
10. Procurador de los Derechos Humanos;
11. Instituto de la Defensa Pública Penal;
12. Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala;
13. Registro Nacional de las Personas;



14. Instituto de Fomento Municipal;
15. Instituto Guatemalteco de Seguridad Social;
16. Instituto de Previsión Militar;
17. Gobernaciones Departamentales;
18. Municipalidades;
19. Consejos de Desarrollo Urbano y Rural;
20. Banco de Guatemala;
21. Junta Monetaria;
22. Superintendencia de Bancos;
23. Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala, federaciones y asociaciones deportivas nacionales y departamentales que la integran;
24. Comité Olímpico Guatemalteco;
25. Universidad de San Carlos de Guatemala;
26. Superintendencia de Administración Tributaria;
27. Superintendencia de Telecomunicaciones;
28. Empresas del Estado y las entidades privadas que ejerzan funciones públicas;
29. Organizaciones No Gubernamentales, fundaciones y asociaciones que reciban, administren o ejecuten fondos públicos;
30. Todas las entidades de cualquier naturaleza que tengan como fuente de ingresos, ya sea total o parcialmente, recursos, subsidios o aportes del Estado;
31. Las empresas privadas a quienes se les haya otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual la explotación de un bien del Estado;
32. Organismos y entidades públicas o privadas internacionales que reciban, manejen o administren fondos o recursos públicos;



33. Los fideicomisarios y fideicomitentes de los fideicomisos que se constituyan o administren con fondos públicos o provenientes de préstamos, convenios o tratados internacionales suscritos por la República Guatemala;
34. Las personas individuales o jurídicas de cualquier naturaleza que reciban, manejen o administren fondos o recursos públicos por cualquier concepto, incluyendo los denominados fondos privativos o similares;
35. Comités, patronatos, asociaciones autorizadas por la ley para la recaudación y manejo de fondos para fines públicos y de beneficio social, que perciban aportes o donaciones del Estado.

En los casos en que leyes específicas regulen o establezcan reservas o garantías de confidencialidad deberán observarse las mismas para la aplicación de la presente ley.

Artículo 20. Obligaciones de las Unidades de Información Pública. Las Unidades de Información tendrán a su cargo:

1. Recibir y tramitar las solicitudes de acceso a la información pública;
2. Orientar a los interesados en la formulación de solicitudes de información pública;
3. Proporcionar para su consulta la información pública solicitada por los interesados o notificar la negativa de acceso a la misma, razonando dicha negativa;
4. Expedir copia simple o certificada de la información pública solicitada, siempre que se encuentre en los archivos del sujeto obligado;



5. Coordinar, organizar, administrar, custodiar y sistematizar los archivos que contengan la información pública a su cargo, respetando en todo momento la legislación en la materia; y
6. Las demás obligaciones que señale esta ley.

De conformidad con los compromisos adquiridos por el Estado de Guatemala a nivel internacional, principalmente con la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; fue necesario introducir disposiciones tendientes a normar la actividad que desarrollan los funcionarios y empleados públicos para el efecto, el Organismo Legislativo aprobó mediante el decreto número 57-2008 del Congreso de la República, la ley de Acceso a la Información.

Fue creada como un mecanismo jurídico tendiente a dar información de todos los actos realizados por la administración pública, para lo cual todas las instituciones descritas anteriormente tienen oficina de información y algunas utilizando el apoyo de la tecnología brinda dicha información mediante portales virtuales contribuyendo de esta forma a transparentar la función pública.

Se considera un avance importante para el combate contra la corrupción la creación de la Ley de Acceso a la Información, puesto que se permite fácil acceso a la población a la fiscalización del manejo de fondos públicos.

CAPÍTULO V



5. Los delitos de corrupción y la necesidad de sus reformas

En Guatemala el problema de la corrupción se han incrementado paulatinamente con el paso de cada gobierno.

Cada vez es más común escuchar de algún desvío millonario de fondos del Estado, de algún jefe edil que se apropió de fondos de alguna municipalidad, lo que ha provocado el descontento por parte de la población y la poca credibilidad en la imposición de sanciones a los funcionarios de alto nivel.

Toda esta problemática se ha generado a raíz de la falta de ética de los funcionarios, a los malos manejos de los fondos, a la poca fiscalización por parte de la Contraloría General de Cuentas y a la poca o nula importancia de fomentar la prevención en la comisión de los mismos.

A continuación se hace mención a la regulación de los delitos cometidos por funcionarios públicos en el Código Penal chileno, ya que Chile está catalogado como el país latinoamericano con menor índice de corrupción, con el objeto de observar y analizar si las sanciones que son impuestas en Chile son similares a las guatemaltecas o si estas son más drásticas.

5.1 Regulación de los delitos de corrupción en el Código Penal Chileno



Los delitos cometidos por funcionarios públicos están regulados en Código Penal de Chile en el Título V “De los crímenes simples y delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos.”

Artículo 233. “El empleado público, que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraigiere o consintiere que otro los substraiga, será castigado:

- 1º. Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales si la substracción excediere de una cantidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.
- 2º. Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.
- 3º. Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.

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



Artículo 234. "El empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de particulares de que se trata en los tres números del artículo anterior, incurrirá en la pena de suspensión de cualquiera de sus grados, quedando además obligado a la devolución de la cantidad o efectos sustraídos.

Artículo 235. "El empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos supuestos a su cargo, sufrirá las penas de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa de diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere sustraído. No verificado el reintegro, se le aplicarán las penas señaladas en el artículo 233.

Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, las penas serán suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinte y cinco por ciento de la cantidad sustraída sin perjuicio del reintegro.

Artículo 236. "El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento.



Artículo 237. “El empleado público que, debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, rehusare hacerlo sin causa bastante, sufrirá la pena de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio.

Esta disposición es aplicable al empleado público que requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración.

Artículo 239. “El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida privándoles de un lucro legítimo incurrirá en las penas de presidio menor en us grados medio a máximo, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado.”

Artículo 240. “El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y liquidadores comerciales respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, partición o administración



intervinieren y a los guardadores y albaceas tenedores de bienes respecto de los pertenecientes a sus pupilos y testamentarias.

Las mismas penas se impondrán a las personas relacionadas en este artículo, si en el negocio u operación confiados a sus cargo dieren interés a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad a sus colaterales legítimos, por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos o a personas ligadas a él por adopción.

Asimismo, se sancionará con iguales penas al empleado público que en el negocio u operación en que deba intervenir por razón de su cargo diere interés a terceros asociados con él o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que dichos terceros o esas personas tengan interés social, superior al diez por ciento si la sociedad es anónima, o ejerzan su administración en cualquier forma.”

Se ha podido establecer que la legislación chilena, aplica las siguientes penas: pena de prisión, multa, e inhabilitación absoluta perpetua (esto quiere decir que el funcionario no podrá optar más a un cargo público ni tampoco podrá ejercer sus derechos políticos en forma activa ni en forma pasiva).

A diferencia de Guatemala en Chile se aplican penas de prisión menores, pero se aplica la inhabilitación absoluta perpetua; así mismo al ser condenado el funcionario se obliga a reintegrar la cantidad de los efectos sustraídos, por lo que se considera que esta sea



la razón fundamental por la que Chile tiene menos delitos cometidos por funcionarios públicos.

Chile, es el país latinoamericano con el menor índice de corrupción, y al hacer una análisis del ¿por qué? en Chile hay menos actos de corrupción aunado a las sanciones penales, la efectiva fiscalización en el manejo de fondos públicos es otra de las razones sustanciales.

Es importante mencionar, que los delitos cometidos por funcionarios públicos, deben ser sancionados drásticamente; debido al bien jurídico que es afectado, en este caso es la administración pública; especialmente aquellos en donde se sustraen efectos públicos o en los cuales se conciertan los funcionarios con los particulares para obtener algún beneficio económico. Ya que el daño causado es a la población en general y los funcionarios públicos están al servicio del Estado; para velar por los intereses este y no para servirse del Estado en beneficio propio, afectando de esta forma a la población que ha depositado el ejercicio de la función pública en ellos.

5.2. Necesidad de reformar los delitos de corrupción

Pese a existir en Guatemala varias propuesta legislativas desde el año 2005, en relación a reformas de delitos cometidos por funcionarios públicos ninguna de estas ha sido implementada, llama la atención pues la poca importancia que han dado los legisladores a las mismas pese al detrimento que ha sufrido el patrimonio estatal. Se



denota con esto que no hay voluntad política por parte de los legisladores para terminar con los actos de corrupción.

La licenciada Gladys Anabella De León Ruiz registró la iniciativa de ley número 3404, la cual fue conocida por el pleno el 24 de noviembre del año 2005 en donde se expresaba por parte de la diputada varias reformas sustanciales a delitos cometidos por funcionarios públicos. Y en donde manifestaba la diputada De León la necesidad de incrementar las penas puesto que estas eran insignificantes para la magnitud del delito. Iniciativa que se encuentra en la Comisión de legislación y puntos constitucionales.

Iniciativa 3894 presentada por Nineth Varenca Montenegro Cottom, Rodolfo Aníbal García Hernández, Otilia Lux de Cotí, José Alejandro Alburez, Leonel Barragán y Manuel García en esta iniciativa se pretendía la tipificación del tipo penal de enriquecimiento ilícito.

Iniciativa 3919 presentada por Jaime Martínez Lohaiza, Vilma Ileana López Chacón y Jorge Mario Barrios Falla mediante esta iniciativa se pretende la reforma al Código Penal decreto 17-73 del Congreso de la República, nuevamente la figura del enriquecimiento ilícito, falsedad en la declaración jurada, recepción, legalización o encubrimiento de bienes, legislación o administración en provecho propio, sobreprecio irregular, pago irregular de contratos administrativos y tráfico de influencias, así como la incorporación de la pena accesoria la inhabilitación para el desempeño, cargo o comisiones públicas que ejerza incluso los de elección popular por un período de dos a diez años. En esta iniciativa se toma en cuenta la inhabilitación del ejercicio de la

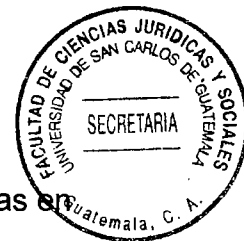


función pública por parte de los funcionarios condenados, similar a lo regulado en el Código Penal Chileno, reforma que sería significativa y que incentivaría a no cometer delitos, pero se considera que la inhabilitación debería ser absoluta, ya que la que se propone en esta es por un período de dos a diez años.

Iniciativa 3963 presentada por los representantes Rodolfo Aníbal García Hernández y Otilia Lux de Cotí, en esta se pretende la creación del tipo penal de cobro ilegal de comisiones, la reforma del cohecho pasivo, cohecho activo, peculado culposo, malversación, concusión así como las reformas a la Ley Contra la Delincuencia Organizada con el fin de incorporar en esta los delitos de cohecho pasivo, cobro ilegal de comisiones, peculado, peculado culposo, malversación y concusión.

Las iniciativas 3894, 3919, y 3963, con fecha 17 de noviembre del año 2008 se emitió dictamen favorable por parte del presidente de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso de la República, pero no han sido aprobadas por el Congreso de la República.

En el mes de noviembre del año 2009 la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala CICIG, presentó recomendaciones de reformas legales anticorrupción. En estas recomendaciones se hacía referencia a las iniciativas de ley números 3894, 3919, y 3963 presentadas ante el Congreso de la República así mismo se hacían diferentes recomendaciones y propuestas de reformas al código penal.



Una vez analizadas las propuestas de ley existentes, las figuras delictivas reguladas en el Código Penal vigente y al analizar el Código Penal chileno, se considera que es necesario introducir reformas sustanciales.

Se ha realizado análisis comparativos con las diferentes propuestas de ley y se ha concluido que la más acertada es la que fue propuesta por la Comisión Internacional Contra la Impunidad.

Así mismo se modifica el artículo 56 de del Código Penal lo relativo a la inhabilitación lo cual se considera una modificación importante ya que como se comentó anteriormente los delitos de peculado, peculado culposo, concusión y fraude son delitos; en los que se ve realmente afectado el Estado y se considera que la inhabilitación absoluta permanente que se propone es adecuada.

Se considera que es importante inhabilitar en forma absoluta permanente a los funcionarios públicos en ciertos casos ya que si el funcionario fue corrompido una vez este puede volverse a corromper si la sanción no fue motivadora y muy probablemente la afectación que se le ocasione al Estado por parte de este sea mayor.

La Comisión internacional contra la impunidad en la propuesta de reformas en el Artículo 58 del referido código se propone que cuando la condena a imponer sea superior a cinco años de prisión, la inhabilitación será permanente.



En dichas recomendaciones se hace una modificación o reforma a los delitos de corrupción, así como la tipificación de otros.

Como ya se ha abordado con anterioridad se considera por parte de la investigadora que es necesario y fundamental aumentar las penas, las multas deben ser proporcionales al daño ocasionado a la esfera estatal, así como la modificación a las penas accesorias en lo relativo a la inhabilitación que existe actualmente en el código penal por los delitos de corrupción.

Las penas actuales no son un ejemplo incentivador para los que detentan la calidad de funcionario público para no cometer actos de esta naturaleza; si no que lejos de desalentar a la comisión de los mismos, se da el efecto contrario. Se alienta a los funcionarios públicos a cometer actos delictivos puesto que las sanciones no son altas ni tampoco son proporcionales al delito cometido, en la mayoría de los casos las penas son bajas y los funcionarios ni siquiera son privados de su libertad.

Derivado del análisis realizado se ha llegado a la conclusión que la inhabilitación absoluta permanente para ocupar cargos públicos cuando el funcionario sea condenado a pena de prisión superior a cinco años, es incentivadora para no incurrir en la comisión de los mismos.



5.3 Regulación de los delitos de corrupción en el Código Penal Guatemalteco

El Código Penal, contenido en el Decreto número 17-73 del Congreso de la República, es la normativa vigente en Guatemala que regula en el libro II los delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos, para el efecto es necesario indicar que existe una variedad de ilícitos vinculados tanto a funcionarios como a empleados públicos, como ya se mencionó en capítulos anteriores las Convenciones anti corrupción ratificadas por Guatemala, no diferencian entre empleados y funcionarios, si no que se utiliza un término generalizado para todas las personas que ejerzan una función pública.

En la presente investigación se hace relación únicamente a los siguientes delitos cometidos por funcionarios públicos: peculado, peculado culposo, malversación, fraude, exacciones ilegales, incumplimiento de pago, concusión, cobro indebido y también se analiza el delito de abuso de autoridad e incumplimiento de deberes ya que en la mayoría de casos van aparejados con los delitos anteriores.

El Código Penal en el Artículo 418, establece: "Abuso de autoridad. El funcionario o empleado público que abusando de su cargo o de su función, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario o ilegal en perjuicio de la administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones de este Código, será sancionado con prisión de uno a tres años.

Igual sanción se impondrá al funcionario o empleado público que usare de apremios ilegítimos o innecesarios.



Se considera que el abuso de autoridad aunado a la pena ya establecida de uno a tres años y se debe aplicar una multa de diez mil a cincuenta mil quetzales

Artículo 419. "Incumplimiento de deberes. El funcionario o empleado público que omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función o cargo, será sancionado con prisión de uno a tres años.

El incumplimiento de deberes debe ser sancionado con prisión a la prisión de tres a cinco años y con multa equivalente al veinticinco por ciento del valor del perjuicio que haya causado a causa de la omisión o retardo de su actuación así como inhabilitación especial.

Artículo 445. "Peculado. 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.

Se considera que la sanción que se impone no es suficiente para ejemplificar y prevenir la comisión del delito, la multa que actualmente regula el código penal no es apropiada ni adecuada, porque esta multa es igual para un funcionario que sustrae Q100.00 que para un funcionario que sustrae Q10, 000.000, por lo que se estima necesario que se



reformar el código penal y se reforme para que la multa a imponer sea equivalente al cincuenta por ciento de lo sustraído por el funcionario.

Así mismo se estima oportuno aumentar las penas de seis a diez años de prisión, para que los funcionarios que han incurrido en el delito de peculado no puedan ser beneficiados con un procedimiento abreviado, también se debe aplicar como una pena accesoria la inhabilitación absoluta permanente. La cual debe ser aplicada cuando el condenado sea condenado a prisión por más de cinco años; para que el funcionario que sea condenado por este delito no pueda ocupar nuevamente cargo público alguno y aplicando esta sanción se enviará el mensaje a otros funcionarios para que no incurran en actos de corrupción.

Artículo 446. Peculado culposo. 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.

Es necesaria la reforma a este artículo al igual que al de peculado; puesto que los efectos públicos son sustraídos de la esfera estatal, por parte de un tercero, el daño que se ocasiona al Estado es el mismo que en el delito de peculado y por lo tanto se estima que debe ser sancionado igualmente con una pena de seis a diez años de prisión, así mismo es necesaria la reforma en cuanto a la multa la cual debe ser equivalente al cincuenta por ciento de lo sustraído y se debe aplicar inhabilitación absoluta permanente cuando el funcionario sea condenado por más de cinco años de



prisión, para que el funcionario por su falta de cuidado en los efectos que han sido puesto bajo su custodia no pueda ocasionar otro daño mayor o igual al Estado.

Artículo 447. Malversación. El funcionario o empleado público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuviere destinado, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.

La sanción señalada se aumentará al doble, si a consecuencia de la malversación resultare daño o entorpecimiento del servicio a que los caudales o efectos tos estuvieren consignados.

En el delito de malversación se estima pertinente aplicar una pena de prisión de dos a cuatro años, puesto que si bien es cierto se ha causado un problema dentro de la administración, los fondos se encuentra dentro de la misma esfera, solo se ha dado una aplicación distinta al mismo, pero debe sancionarse con una multa equivalente veinticinco por ciento de lo malversado.

Artículo 448. Incumplimiento de pago. El funcionario o empleado público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario u ordenado por autoridad competente, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.

Igual sanción se impondrá al funcionario o empleado público que, legalmente requerido, rehusare hacer entrega de dinero o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración.



La multa de cien a mil quetzales, en el delito tipificado como incumplimiento de pago, debe ser aumentada, a una multa proporcional al cincuenta por ciento del valor del pago ordenado.

Artículo 449. "Concusión. Cometén el delito de concusión:

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

Los responsables serán sancionados con prisión de tres a seis años y multa de cinco mil a veinticinco mil quetzales."

La pena de prisión en el delito de concusión debe ser aumentada de cinco a diez años, ya que en este delito existe el dolo por parte del funcionario, el conocimiento y la intención de incurrir en un hecho ilícito. En cuanto a la multa a imponer por la comisión del mismo, se considera que esta deber ser equivalente al cincuenta por ciento del valor del contrato ya que dentro de la administración pública los contratos son por fuertes



cantidades de dinero y se debe sancionar con inhabilitación absoluta permanente cuando el funcionario sea condenado a prisión mayor de cinco años.

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

La pena a imponer en el delito de fraude debe ser aumentada de cinco a diez años ya que se ocasiona un serio daño a los fondos estatales, así mismo se hace necesaria la imposición de una multa proporcional al cincuenta por ciento del valor de lo defraudado así como inhabilitación absoluta permanente. En este delito es importante hacer reformas sustanciales pues existe el dolo por parte del funcionario de ocasionar afectación al patrimonio estatal en beneficio propio.

Artículo 451. "Exacciones ilegales. El funcionario o empleado público que exigiere contribución, impuesto, tasa o arbitrio ilegales o mayores de los que correspondan, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de cincuenta a trescientos quetzales.

Si el funcionario o empleado público convirtiere en provecho propio o de tercero el producto de las exacciones expresadas en el párrafo que precede, las sanciones señaladas se aumentarán al doble."



Se considera necesario el aumento de la pena de multa la cual debe ser equivalente al valor de lo exigido por parte del funcionario y debe aplicarse la inhabilitación especial permanente del mismo.

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

La multa a imponer en el delito de cobro indebido debe ser equivalente al recibo, comprobante autorizado o al cobro realizado.

5.4. Otras medidas anti-corrupción

Como se hace mención se necesita una reforma sustancial en cuanto a los delitos y las penas que regulan los delitos cometidos por los funcionarios públicos pero también se hace necesario tomar en cuenta las siguientes medidas:

- a) Una eficiente Fiscalización por parte de la Contraloría General de Cuentas. Esta institución fue creada mediante el Decreto número 31-2002 del Congreso de la República con el objeto de fiscalizar los ingresos y egresos de los fondos públicos.

En Guatemala la Contraloría General de Cuentas juega un papel importantísimo para determinar la existencia de ilícitos penales cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo y en el manejo de fondos públicos, puesto que por mandato constitucional la Contraloría General de Cuentas es "una institución técnica



descentralizada con funciones fiscalizadoras de los ingresos y egresos y en general de todo interés hacendario. Esta institución es la encargada de denunciar cualquier acto que se considere delictivo al momento que se practique alguna auditoría fiscalizando la administración de los fondos públicos.

Por lo tanto la Contraloría General de Cuentas, funciona como un órgano fiscalizador y a través de ello busca la transparencia dentro de la administración pública, por lo que es sumamente necesario su fortalecimiento.

b) Crear un plan de ética nacional. Es necesario que se cree un plan de ética nacional en el cual los actores principales son la sociedad civil y la opinión pública. "Se necesita por tanto que el Estado evolucione hacia una forma diferente de ejercer el poder, para ello es imperativo el fortalecimiento de la sociedad civil y la opinión pública. Otro esfuerzo orientado a la transformación del Estado consiste en el otorgamiento de autonomía a los organismos de control, como una medida efectiva de asegurar el control externo y niveles superiores de eficiencia y cumplimiento ante la sociedad."²¹

La ética en la función pública, consiste en, la ética entendida como el conjunto de normas morales y obligaciones que rigen al hombre dentro de la sociedad, aplicada a los asuntos relacionados al gobierno. Los funcionarios públicos deben encuadrar su

²¹ Banco Interamericano de Desarrollo. *Ética, moral pública y lucha contra la corrupción en Guatemala*. Pág. 141.



actuar siempre en beneficio del bien común, y dentro del estricto apego y cumplimiento de la ley.

Es necesario fomentar una nueva idea de ética, una nueva idea del bien colectivo, que reciba consensos suficientes para fundamentar las conductas de gobernantes y gobernados y dar legitimidad al nuevo modelo ético y; ya creado y realmente arraigado en el pensamiento social se podrá pensar en una reforma social moral.

c) Fortalecimiento a la Fiscalía de Sección Contra la Corrupción.

La Fiscalía Anti corrupción fue creada en el año 2000 mediante el acuerdo número tres del Consejo del Ministerio Público de fecha 28 de diciembre de 1999, es una fiscalía especial del Ministerio Público que fue creada con el objeto de investigar y perseguir penalmente delitos que constituyan actos de corrupción en donde estén implicados funcionarios y empleados públicos.

Se considera imperante fortalecer la Fiscalía contra la Corrupción a fin de tener mejores resultados dentro de la investigación y persecución penal de los delitos de corrupción y así crear un impacto positivo hacia la población.

d) Seleccionar empleados idóneos para los cargos públicos. Los empleados que ocupen cargos públicos deben ser honestos, honrados, capaces y además deben ser incorruptibles.



e) Se debe analizar cada institución y determinar los posibles focos de corrupción.

f) Así mismo se considera necesario implementar mecanismos para que se tenga la intervención de la Procuraduría General de la Nación en todos los procesos que se sigan contra los funcionarios públicos.

La Procuraduría General de la Nación por mandato constitucional tiene la función de representación y defensa de los órganos del Estado así como la asesoría de los mismos, se encuentra regulada en el artículo 252 de la Carta Magna.

En el decreto 512 del Congreso de la República que se refiere a la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas en el Artículo 1 numeral 3º establece que la Procuraduría debe: “Intervenir ante los tribunales de justicia en todos aquellos asuntos en que esté llamado a hacerlo por ministerio de la ley.”

En el artículo 24 numeral 1º “Velar porque en los Tribunales de la República se apliquen rectamente las leyes en los procesos penales y en todos aquellos juicios en que estén interesados el Estado o el Fisco, o bien afecten al orden o al interés público o a las buenas costumbres; y en general, por la buena marcha de la administración de justicia;

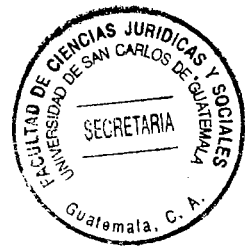
2º. Promover de oficio o a excitativa del Ejecutivo, acusación contra funcionarios o empleados públicos que dieran motivo a ser enjuiciados;...”

En el Artículo 25 se establece que: “Son también atribuciones de la Fiscalía:



1. Intervenir en las causas penales de acción pública cuando la pena que corresponde imponer no sea menor de cinco años de prisión correccional, o cuando el delito afecte al Estado, al Fisco o a la Hacienda Pública, concurriendo, si necesario fuere, a la formación del sumario y cumpliendo con los deberes que le impongan las leyes.

Es importante que la Procuraduría General de la Nación se constituya como actor civil en todos los procesos en donde exista afectación al Estado, para que se ejerza por parte de esta la acción correspondiente; puesto que actualmente hay muy poca intervención por parte de la Procuraduría en los procesos en contra de funcionarios públicos. Por lo que se estima necesario y conveniente para los intereses estatales y crear mecanismos para que se ejercite la acción civil por parte de esta y de esa forma beneficiar al estado con las resultas del proceso y coadyuvar a la erradicación de la corrupción.





CONCLUSIONES

1. El derecho penal tiene como función, la protección de los bienes jurídicos a través de la prevención y posterior represión del delito. Su objetivo primordial es la obtención de ciertos comportamientos en la sociedad; pero actualmente el derecho penal no cumple con su función porque se encuentra desactualizado ante el comportamiento de la sociedad.
2. Los delitos y las penas referentes a los actos de corrupción, contemplados en el Código Penal guatemalteco, no cumplen con la función del derecho penal, ya que las penas contempladas en el mismo no son proporcionales al delito cometido. Aunado a ello, las sanciones impuestas a los funcionarios, no son ejemplares y tampoco son difundidas a la población.
3. A pesar de las regulaciones y normativas prohibitivas, los funcionarios y empleados públicos constantemente cometen actos que atentan contra la administración pública, debido a que las sanciones aplicadas por la comisión de éstos, no son motivadoras para no incurrir en dichos ilícitos; por lo tanto, no estimulan a los funcionarios a no cometer actos de corrupción.



4. Todo acto desleal e inmoral cometido por un funcionario o empleado público con abuso de poder, autoridad o funciones, se considera corrupción, generalmente esta práctica se vuelve constante cuando existen líneas de mando que tienen protección contra dichos funcionarios, representando para algunos una práctica cotidiana en perjuicio de la administración pública.

5. El Organismo Legislativo, como órgano del Estado, ejerce la representación a nivel nacional y, en ese sentido, los políticos crean normas que en un momento determinado los puedan proteger, ya que en la actualidad los delitos de los funcionarios públicos tienen sanciones mínimas no acordes a la acción delictiva cometida.



RECOMENDACIONES

1. Los legisladores necesitan un cambio de actitud política para cumplir con el deber ser y la misión del derecho penal, y obtener a través de ésta el cambio en cuanto a la conducta ética del los funcionarios y que, con ello, el derecho penal pueda cumplir con su función preventiva en cuanto a los delitos cometidos por funcionarios públicos.
2. El Congreso de la República debe reformar el Código Penal, ya que las penas establecidas no son proporcionales al delito, por lo que es necesario tomar como base el delito cometido y castigar al delincuente, proporcionalmente al daño causado; asimismo, es imperante que la pena a imponer sea conocida por la población, para que ésta sea pública y ejemplar.
3. Los diputados deben promover una modificación sustancial a los ilícitos penales vinculados a la administración pública, al actuar indebido de un funcionario público, ya que en la actualidad la corrupción es generalizada en toda la administración pública y de allí la necesidad de estudiar, analizar e implementar nuevas penas contra dichos actos contrarios a la ley.



4. Al Organismo Ejecutivo le corresponde promocionar y desarrollar actividades y proyectos enfocados a generar una cultura de ética a los funcionarios, así como iniciar la persecución penal cuando éstos cometen actos contrarios a la ley, durante el ejercicio de sus funciones; así como, realizar una efectiva fiscalización por parte de la Contraloría General de Cuentas.

5. El Organismo Legislativo, conjuntamente con otros sectores de la sociedad civil, debe promover análisis y estudios acerca del grado de aplicación práctica de los delitos cometidos por funcionarios públicos y promover una reforma medular, para sancionar efectivamente a los funcionarios que, abusando de la autoridad o poder que la ley les otorga, cometen hechos delictivos.



BIBLIOGRAFÍA

Acción ciudadana. **La corrupción en Guatemala.** Informe. Guatemala 1999.

Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID. **Delitos contra la administración pública.** Editorial Litogres. Guatemala 2008.

AMUCHATEGUI REQUENA, Griselda. **Derecho penal.** Tercera edición. Colección textos jurídicos universitarios. México 2005.

Banco Interamericano de Desarrollo. **Ética, moral pública y lucha contra la corrupción en Guatemala.** Guatemala 2000.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Buenos Aires: Editorial Heliasta. 1977.

CALDERÓN, Hugo H. **Derecho administrativo I.** Octava Edición. Editorial Estudiantil Fénix, Guatemala 2005.

CARRA, Francesco. **Derecho penal.** Traducción y compilación Enrique Figueroa Alfonzo. Clásicos del derecho. Editorial Harla. México 1993.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y, José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco. Parte general y parte especial.** Décimo cuarta edición. Editorial F&G Editores. Guatemala 2003.

Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición. Editorial Espasa, Calpe.. España. 2001.



GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Temas de derecho administrativo. La relación funcional.** Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC. 1994.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Lecciones de derecho penal.** Clásicos del derecho. Editorial Pedagógica Iberoamericana, México 1995.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.** Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina 2008.

RAMÍREZ FERNÁNDEZ, William y Vásquez Cucho, Nadezhda. **Manual de delitos cometidos por funcionarios públicos en el Código Penal guatemalteco.** Fundación Myrna Mack. Guatemala 2003.

Legislación:

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

Convención Interamericana contra la Corrupción. Decreto 15-2001. Congreso de la República de Guatemala.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Decreto 91-2005. Congreso de la República de Guatemala.

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



Código Penal Chileno. Congreso Nacional de Chile, 1874.

Código Municipal. Decreto 12-2002. Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Acceso a la Información. Decreto Número 57-2008. Congreso de la República de Guatemala.

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

Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas. Decreto Número 31-2002. Congreso de la República de Guatemala.