

Análisis Jurídico de las iniciativas números 3894, 3919 y 3963 que tienen como objeto crear y modificar tipos penales cometidos por funcionarios o empleados públicos

1. Introducción

En Guatemala, la Administración Pública se desenvuelve dentro de los límites señalados por el ordenamiento jurídico interno que va desde la Constitución Política de la República hasta los reglamentos internos emitidos por entidades públicas. La Constitución establece la estructura y funcionamiento de los órganos administrativos y además regula otros organismos de control administrativo.

La Administración Pública debe someter su actuación a la ley y apearse, en todo momento, a los principios de legalidad y juridicidad. Los órganos administrativos no pueden actuar arbitrariamente, pues su actuar debe enmarcarse dentro de los límites permitidos por la ley.

El artículo 1º de la Constitución establece que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia y que su fin supremo es la realización del bien común. Al ser la finalidad primordial de los órganos administrativos la realización del bien común, el medio para lograr ese fin será a través de la prestación de servicios públicos; por lo que se requiere el establecimiento de una estructura administrativa y jurídica adecuada que permita garantizar a las personas la cobertura de sus necesidades y el goce de sus derechos y libertades así como la reparación de los mismos cuando hayan sido lesionados.

El servicio público se define como la organización y el acto o los actos encaminados a cumplir con la finalidad del aparato estatal en la satisfacción de las necesidades individuales o colectivas de las personas¹. Por tal motivo, los órganos administrativos en el ejercicio de sus funciones deben tomar en cuenta: *Primero*. En caso de existir colisión entre el interés individual versus los intereses colectivos deberán primar estos últimos. *Segundo*. Los servidores públicos tendrán 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 se limitara a lo prescrito en la Constitución y en la normativa vigente. *Tercero*. Cuando los derechos y libertades de las personas hayan sido lesionados por actos provenientes de los órganos estatales, estos deberán ser debidamente reparados en un plazo

¹ RAMIREZ FERNÁNDEZ William; VASQUEZ CUCHO, Nadezhda. Manual de delitos cometidos por funcionarios públicos en el Código Penal Guatemalteco. Fundación Myrna Mack. Guatemala 2003, pág. 26.

razonable. Al respecto, la norma constitucional² establece que por las infracciones cometidas por un dignatario, funcionario o trabajador del Estado en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren.

Las infracciones cometidas por funcionarios públicos contribuyen a cimentar la corrupción en el país, la cual no solo es sinónimo de ineficiencia e inoperancia del aparato estatal sino también de erosión a la moral de los ciudadanos y de distorsión económica para el desarrollo del país. El combate integral de la corrupción requiere, en consecuencia, reformas integrales que vayan más allá de incorporar nuevos tipos penales, sin embargo debe reconocerse que reformas a la legislación interna, principalmente la legislación penal, constituyen el paso inicial y necesario para el combate de este flagelo.

Las iniciativas en estudio tienen como objeto mejorar la tipificación de los delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos en contra de la Administración Pública; ilícitos que han sido una pieza fundamental para el incremento de la corrupción. Con estas iniciativas se pretende reformar el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República y a la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del congreso de la República, a través de la incorporación de nuevos tipos penales y la reforma a tipos penales que ya se encuentran dentro del ordenamiento jurídico. Dado que la determinación y proporción de penas no depende exclusivamente de la técnica legislativa, el presente análisis estará enfocado en identificar los criterios que puedan coadyuvar a determinar sanciones proporcionales.

2. Consideraciones jurídicas

2.1. Compromisos internacionales adquiridos por Guatemala para adecuar su normativa interna en materia de combate a la corrupción

El Estado de Guatemala al ratificar la “*Convención Interamericana Contra la Corrupción*”, a través del Decreto 15-2001 del Congreso de la República; y la “*Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*”, a través del Decreto 36-2003 del Congreso de la República, se comprometió en adecuar su normativa jurídica para que los principios y disposiciones consagrados en los convenios internacionales referidos, pudieran aplicarse internamente. Dichos compromisos fueron adquiridos de conformidad con artículos VII de la Convención Interamericana Contra la Corrupción; y los artículos 8 y 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, respectivamente.

² Artículo 155, Constitución Política de la República de Guatemala.

2.2. Supuestos penales reformados e incorporados vía las iniciativas Números 3894, 3919 y 3963 que pretenden aprobar Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito

· **Artículo 1.** *Se adiciona el numeral 6 del artículo 51 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República a través del cual se adiciona una causal de inconmutabilidad.*

Es necesario rectificar la redacción de este artículo en el sentido de indicar correctamente el numeral que pretende adicionarse; ya que de conformidad con el artículo 20 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República se adicionó a este artículo el numeral 6; por lo que lo correcto es indicar que el numeral que pretende adicionarse es el número 7.

· **Artículo 2.** *Se adiciona el numeral 6 del artículo 108 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República a través del cual se determina el comienzo del término de la prescripción en los delitos cometidos contra la Administración Pública.*

Es necesario rectificar la redacción de este artículo en el sentido de indicar correctamente el numeral que pretende adicionarse; ya que de conformidad con el artículo 22 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República se adicionó a este artículo el numeral 6; por lo que lo correcto es indicar que el numeral que pretende adicionarse es el número 7.

· **Artículo 4.** *Se reforma el artículo 419 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República, que regula el delito de **Incumplimiento de deberes**.*

Para que se configure este tipo penal se requiere que la norma sea lo suficientemente clara para determinar que las atribuciones que tengan o puedan llegar a tener los funcionarios y empleados públicos, pueden provenir de leyes, reglamentos, de la naturaleza propia del cargo o de una orden girada por una autoridad de superior jerarquía.

· **Artículo 6.** *Se reforma el artículo 420 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República, que regula el delito de **Desobediencia**, Artículo 7.* *Se reforma el artículo 432 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República, que regula el delito de **Nombramientos Ilegales**, Artículo 8.* *Se reforma el artículo 433 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República, que regula el delito de **Usurpación de Atribuciones**, Artículo 12.* *Se adiciona el artículo 445 Bis. del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República, que regula el delito de **Peculado por Uso**, Artículo 13.* *Se reforma el artículo 446 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República, que regula el delito de **Peculado Culposo**, Artículo 14.* *Se reforma el artículo 447 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República, que regula el delito de **Malversación**, Artículo 22.* *Se reforma el artículo 452 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República, que regula el delito de **Cobro Indebido**.*

El análisis de estos artículos debe ser en cuanto a la penas, específicamente la pena de prisión a imponer ya que de conformidad con el artículo 465 Ter. del Código Procesal Penal, adicionado según artículo 13 del Decreto 7-2011 del Congreso de la República; los Jueces de Paz tendrán competencia en delitos cuya pena máxima no sobrepase los cinco años de prisión; así mismo, del primer artículo citado se interpreta que los delitos con esta

Guatemala, 17 de octubre de 2011

pena máxima, serán calificados como “delitos menos graves”. Por tales motivos, se hace necesario determinar la conveniencia en que un Juez de Paz tenga competencia para conocer de estos delito y las implicaciones que podrían darse al ser calificado como “menos grave”, aun cuando el bien jurídico tutelado en los delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos en contra de la Administración pública es “la Realización del Bien Común” y el “Patrimonio Público”.

· **Artículo 18.** *Se adiciona el artículo 449 Bis. del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República, que regula el delito de **Tráfico de Influencias**.*

En el entendido que los funcionarios públicos deben ser impermeables al momento de tomar decisiones propias de su cargo; la incorporación de este tipo penal debe pretender tutelar el funcionamiento normal y correcto de la administración pública; por lo que se considera oportuno modificar la redacción de la acción típica en el sentido de indicar que la influencia que se pretende ejercer sobre un funcionario o empleado público no sea sólo para obtener algún beneficio, resolución o dictamen, sino también para que se deje de hacer algo o se retarde algún asunto propio de la competencia del funcionario o empleado público.

· **Artículo 21.** *Se reforma el artículo 451 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República, que regula el delito de **Exacciones Ilegales**.*

Es necesario analizar la redacción de la norma penal ya que no es clara en cuanto a determinar el tipo de tributo, ilegal o mayor, que se exige para la comisión del delito; ya que la norma penal hace referencia a las cuatro clases de tributos que existen, es decir, impuestos, contribuciones, tasas y arbitrios; sin embargo la descripción del tipo penal refleja que la clase de tributos que se exigen para encuadrar el tipo penal deben ser aquellos que impliquen la prestación de un servicio de carácter personal e inmediato, tal es el caso de las contribuciones, tasas y arbitrios. También es necesario analizar si las penas a imponer son las más convenientes por las siguientes razones: 1) Para el juzgamiento de este delito tendrá competencia un Juez de Paz; 2) Por ser un delito cuya pena máxima no supera los cinco años, se califica como un “delito menos grave”; y 3) Es necesario establecer si la pena contemplada cumplirá con una función disuasoria; ya que al ser muy baja en relación al daño que pueda causarse.

2.3. Criterios a considerar para determinar la imposición y el aumento de penas en los supuestos penales incorporados y reformados vía reformas al Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República y a la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del congreso de la República

El significado de la pena puede conceptualizarse de diversas formas que van desde un mero castigo impuesto al delincuente hasta un medio para reeducarlo, pasando como un medio preventivo del delito. Al respecto el autor Enrique Pessina³ expone que el fin último de la pena es negar el delito, en el sentido de anular el desorden contenido en la aparición del delito. La pena debe cumplir con una función retributiva, de utilidad social a través de la prevención del delito y como un efectivo medio para rehabilitar al delincuente.

³ PESSINA Enrique. Elementos de Derecho Penal. Págs. 601-603.

Las características más importantes de las penas, según la doctrina⁴, son las siguientes: 1) Es un castigo: La pena es la retribución por la comisión de un delito, de esa manera se configura una relación puramente lógica entre ambos; 2) Es de naturaleza pública: El Estado, en ejercicio del “*ius puniendi*” es el único que puede imponer y ejecutar las penas; 3) Es una consecuencia jurídica: El delito es el presupuesto necesario de la pena, la cual solo la puede imponer un órgano jurisdiccional competente al responsable de un ilícito penal; 4) Debe ser personal: Debe recaer sobre un sujeto que haya sido condenado dentro de un debido proceso; 5) Debe ser determinada: Toda pena debe estar previamente determinada en la ley; 6) Debe ser proporcionada: Al ser la pena una reprobación a una conducta antijurídica, debe ser proporcional a la naturaleza y gravedad del delito, así mismo debe valorarse objetiva y subjetivamente la personalidad del delincuente; 7) Debe ser flexible: La pena debe ser proporcional y poder graduarse entre un mínimo y un máximo establecido en la ley; y 8) Debe ser ética y moral: Las penas deben tender a reeducar, reformar y rehabilitar al delincuente.

El autor Eugenio Zaffaroni⁵ expone que las penas se determinan en tres momentos que a su vez se desarrollan en dos etapas: el primer momento se desarrolla en la primera etapa denominada “criminalización primaria” la cual es ejercida por el poder legislativo y que consiste en la sanción formal de una ley penal. Los otros dos momentos operan en la segunda etapa denominada “criminalización secundaria” la cual se ejerce a nivel judicial y que consiste en la acción punitiva como consecuencia de un comportamiento criminalizado primariamente.

Con ocasión del proyecto de ley que propone reformar el Código Penal y la Ley Contra la Delincuencia Organizada, el presente análisis se centra en la criminalización primaria ya que es en esta etapa donde deben fijarse los parámetros para legitimar las sanciones que deban imponerse sobre los tipos penales que pretenden incorporarse y reformarse al sistema penal guatemalteco. Está claro que no hay una respuesta o una fórmula exacta e infalible que permita determinar la sanción proporcional, es decir, cuanta pena hay que imponer en cada delito, sin embargo si es posible establecer una serie de criterios que coadyuven a determinar una sanción proporcional. Se recomienda que la imposición de penas tome en cuenta, como mínimo, los siguientes criterios:

a. Determinar el bien jurídico tutelado que se pretende proteger. Cada tipo penal posee una serie de características que los diferencia de los demás, sin embargo, existen también una serie de elementos que les son comunes a todos y que los definen. Dentro de estos elementos se encuentra el bien jurídico tutelado o protegido, el cual no es más que “el interés jurídicamente protegido”⁶. El bien jurídico tutelado es el fundamento de la norma,

⁴ DE LEON VELASCO Héctor Aníbal; DE MATA VELA José Francisco. Derecho Penal Guatemalteco, págs. 268-270.

⁵ ZAFFARONI Eugenio Raúl. Derecho Penal Parte General. Buenos Aires, Argentina, pág. 922.

⁶ CAHUAPÉ-CAZAUX Eduardo González. Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco. Guatemala 2009, pág. 41.

por lo que la imposición de una pena o sanción sólo será justificable cuando sirvan para proteger un bien jurídico.

En los supuestos penales que pretenden ser incorporados y reformados, es posible determinar que el bien jurídico tutelado es “la realización del bien común” y el “patrimonio público” ya que provienen de iniciativas que tienen como objetivo mejorar la tipificación de delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos en contra de la Administración pública. La corrupción va mucho más allá del lucro personal, son los perjuicios que ocasionan a la comunidad lo que hace que sea un problema de todos; y es precisamente esta dimensión social de la corrupción lo que le impide a una sociedad organizada asegurar el desarrollo de sus miembros.

Siendo los bienes jurídicos tutelados la realización del bien común y el patrimonio público, conviene resaltar la Responsabilidad Patrimonial que tienen los funcionarios públicos dentro del ordenamiento jurídico interno. En Guatemala la responsabilidad de la Administración Pública por actos cometidos por sus agentes está reconocida constitucionalmente al consagrar el principio de legalidad⁷, la sujeción de la función pública al principio de legalidad⁸ y la reparación de derechos lesionados por actos provenientes de la Administración pública⁹. Esta responsabilidad no sólo es de tipo político, sino también de tipo civil, administrativo y penal. En tal sentido una adecuada represión a los actos de corrupción, aún cuando no solucionen el problema, constituyen el primer paso para combatirla y para prevenirla.

b. La determinación de la pena debe considerar el daño producido y la culpabilidad del autor. La pena se graduará según la importancia del bien jurídico tutelado lesionado y el nivel de culpabilidad.

En los supuestos penales que se analizan, para determinar la pena a imponer, es necesario tomar en cuenta que el bien jurídico tutelado es la realización del bien común y el patrimonio público, por lo que en su graduación deberá considerarse que el daño que se ocasiona es de interés colectivo y que su limitación afecta a toda la sociedad. Por lo que su tipificación deberá considerar que no se trata de delitos conocidos como “menos graves”.

En Guatemala, el factor para determinar lo que hace a un delito “menos grave” lo constituye la pena máxima a imponer ya que de conformidad con el artículo 465 Ter del Código Procesal Penal, adicionado según Decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, se establece un procedimiento para delitos menos graves, el cual se aplicará

⁷ Artículo 153, Constitución Política de la República de Guatemala.

⁸ Artículo 154 1), Constitución Política de la República de Guatemala.

⁹ Artículo 155, Constitución Política de la República de Guatemala.

para el juzgamiento de delitos sancionados con pena máxima de cinco años de prisión siendo competentes los Jueces de Paz.

Dentro de las iniciativas que se analizan, se adicionan y reforman tipos penales cuyas penas máximas no superan los cinco años, siendo estos: delito de Desobediencia, delito de Nombramientos Ilegales, delito de Usurpación de Atribuciones, delito de Peculado por Uso, delito de Peculado Culposo, delito de Malversación, delito de Exacciones Ilegales, delito de Cobro Indebido y delito de Denegación de Justicia. Esta situación podrá motivar conflictos en dos sentidos: *Primero*: En la calificación de los delitos no se analizará la magnitud del hecho sino la pena “per se”. Los delitos cometidos en contra de la Administración pública atentan contra la realización del bien común y el patrimonio público, por lo que la vulneración de estos bienes tutelados es lo que tiene que analizarse. *Segundo*: De conformidad con el artículo 465 Ter. del Código Procesal Penal, adicionado según artículo 13 del Decreto 7-2011 del Congreso de la República, se les estaría dando competencia a Jueces de Paz para conocer ciertos delitos cometidos contra la Administración Pública. Esta situación será perjudicial, principalmente en los municipios, ya que los Jueces de Paz quedarán más expuestos a conflictos locales así como a ser víctimas de amenazas y coacciones por implicaciones que tengan los delitos ya que actualmente no se cuenta con la infraestructura ni las medidas de seguridad adecuada.

Otro aspecto al que vale la pena hacer alusión es que para los delitos cometidos en contra de la Administración Pública en los que la pena máxima de prisión sea mayor a los cinco años, el conocimiento del Juicio y el pronunciamiento de la sentencia estará a cargo de un Tribunal de Sentencia funcionando unipersonalmente ya que de conformidad con la normativa vigente¹⁰, los Tribunales de Sentencia funcionarán unipersonalmente en los procesos cuyas penas sean hasta de quince años.

En consecuencia, se recomienda que los delitos cometidos en contra de la Administración Pública tengan penas máximas mayores a los cinco años o bien que la misma norma legal determine la competencia de los órganos jurisdiccionales que deban conocer este tipo de delitos, es decir, los Juzgados de Primera Instancia.

c. Establecer el límite mínimo de la pena. La pena a imponer debe cumplir una función disuasoria. La pena no tendrá sentido si continua compensando cometer el delito. El límite mínimo de las penas se podrá medir en atención al efecto disuasorio que tengan, es decir que la aplicación de las penas supere el daño ocasionado por la comisión del ilícito.

Dentro de los supuestos penales que pretenden incorporarse, se contempla la inconmutabilidad de las penas en delitos dolosos cometidos por funcionarios y empleados públicos contra la Administración Pública. De llegar a aplicarse este supuesto penal, las penas que se establezcan por este tipo de ilícitos podrían llegar a cumplir una función

¹⁰ Artículo 1, Acuerdo 19-2011 de la Corte Suprema de Justicia.

disuasoria ya que al limitar la libertad del declarado culpable, la comisión del delito ya no será compensable a la pena, sin embargo es también recomendable que la pena máxima de prisión supere los cinco años ya que de esta manera no se les dará una calificación de “delitos menos graves”.

d. Establecer el límite máximo de la pena. Para el establecimiento de las penas máximas, es necesario rechazar aquellas penas que causen un mayor sufrimiento que el producido por el delito. Al respecto es importante señalar que el fundamento constitucional¹¹ de la pena de prisión es la readaptación social y la reeducación de los recursos, en tal sentido deberán ser inadmisibles las penas privativas de libertad de excesiva duración.

Dentro del presente análisis, es importante mencionar que si bien es cierto que los bienes jurídicos tutelados son de interés general, las penas máximas a imponer no deben ser excesivas y deben tender más a la reparación del daño ocasionado.

e. Medir la proporcionalidad de la pena. La proporcionalidad de las penas puede ser medida tomando como base un estudio comparativo con otros delitos, es decir, una pena asociada a un delito será proporcional si es menor que la pena impuesta a delitos más graves y mayor a las penas impuestas en delitos más leves. La proporción de las penas deben basarse más en el hecho cometido y no en el sujeto que cometió el hecho. Para el presente análisis deber tenerse presente que la proporción de las penas no depende exclusivamente de la técnica legislativa sino de la apreciación que se haga de los bienes jurídicos que se consideren dignos de protección y del perjuicio ocasionado a la comunidad. Esta apreciación, idealmente, debiera ser **aséptica** y apolítica.

3. Conclusión

Conforme a lo expuesto, la regulación adecuada de tipos penales que tengan como objeto combatir la corrupción, requiere un análisis jurídico doctrinario que permita establecer los parámetros que permita configurar adecuadamente los tipos penales que se pretenden incorporar y reformar al sistema normativo nacional.

La solución del problema de corrupción requiere voluntad política, apoyo económico, educación en valores, implementación de controles y transparencia de la Administración Pública por lo que las innovaciones deben ir más allá de las normas penales sustantivas y buscar que trasciendan hacia una nueva actitud social.

¹¹ Artículo 19. Constitución Política de la República de Guatemala.