

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Programa de Actualización y Cierre Académico



Principio de proporcionalidad y las penas:
En delitos de negociaciones ilícitas, peculado y malversación
-Tesis de Licenciatura-

Diego Chác Cox

Guatemala, enero 2015

Principio de proporcionalidad y las penas:
En delitos de negociaciones ilícitas, peculado y malversación
-Tesis de Licenciatura-

Diego Chác Cox

Guatemala, enero 2015

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Vicerrectora Académica Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrector Administrativo M.A. César Augusto Custodio Cobar

Secretario General EMBA. Adolfo Noguera Bosque

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano M. Sc. Otto Ronaldo González Peña

Coordinador de exámenes privados M. Sc. Mario Jo Chang

Coordinador del Departamento de Tesis Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla

Coordinador de Cátedra M.A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Asesor de Tesis Licda. Liliana Adalgisa Aguilera Guzmán

Revisor de Tesis Lic. Carlos Enrique Morales Monzón

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase

M. Sc. Adolfo Quiñónez Furlán

Lic. Jaime Trinidad Gaitán Álvarez

Licda. Hilda Marina Girón Pinales

M. Sc. Luis Guillermo Chután Reyes

Segunda Fase

Lic. José Antonio Pineda Barales

Lic. Héctor Ricardo Echeverría Méndez

M.Sc. Herber Estuardo Valverth Morales

Lic. Erick Estuardo Wong Castañeda

Tercera Fase

Lic. Eduardo Galván Casasola

Licda. Diana Nohemí Castillo Alonzo

Lic. Ricardo Bustamante Mays

Lic. Mario Efraín López García

Lic. Arnoldo Pinto Morales



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
Y JUSTICIA. Guatemala, dos de junio dos mil catorce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LAS PENAS: EN DELITOS DE NEGOCIACIONES ILÍCITAS, PECULADO Y MALVERSACIÓN**, presentado por **DIEGO CHÁC COX**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor a la Licenciada **LILIANA ADALGISA AGUILERA GUZMÁN**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **DIEGO CHÁC COX**

Título de la tesis: **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LAS PENAS: EN DELITOS DE NEGOCIACIONES ILÍCITAS, PECULADO Y MALVERSACIÓN**

El Tutor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

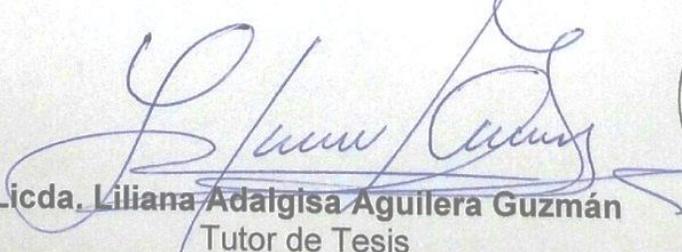
Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 29 de septiembre de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Licda. Liliana Adalgisa Aguilera Guzmán
Tutor de Tesis





UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

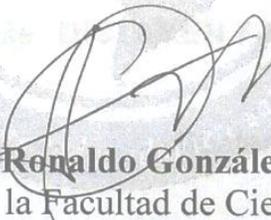
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, seis de octubre de dos mil catorce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LAS PENAS: EN DELITOS DE NEGOCIACIONES ILÍCITAS, PECULADO Y MALVERSACIÓN**, presentado por **DIEGO CHÁC COX**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico al Licenciado **CARLOS ENRIQUE MORALES MONZÓN**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.




M. Sc. Otto González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **DIEGO CHÁC COX**

Título de la tesis: **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LAS PENAS: EN DELITOS DE NEGOCIACIONES ILÍCITAS, PECULADO Y MALVERSACIÓN**

El Revisor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 28 de noviembre de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Lic. Carlos Enrique Morales Monzón
Revisor Metodológico de Tesis





UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

DICTAMEN DEL COORDINADOR DE TESIS

Nombre del Estudiante: **DIEGO CHÁC COX**

Título de la tesis: **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LAS PENAS: EN DELITOS DE NEGOCIACIONES ILÍCITAS, PECULADO Y MALVERSACIÓN**

El Coordinador del programa de Tesis de Licenciatura,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

Tercero: Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

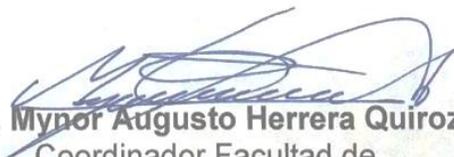
Cuarto: Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

Por tanto,

En su calidad de Director del programa de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 05 de diciembre de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Lic. Mynor Augusto Herrera Quiroz
Coordinador Facultad de
Ciencias Jurídicas y Justicia



Sara Aguilar
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **DIEGO CHÁC COX**

Título de la tesis: **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LAS PENAS: EN DELITOS DE NEGOCIACIONES ILÍCITAS, PECULADO Y MALVERSACIÓN**

El Director del programa de tesis, y el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del director del programa de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

Por tanto,

Se autoriza la impresión de dicho documento en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 06 de enero de 2015

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Lic. Mynor Augusto Herrera Quiroz
Coordinador Facultad de
Ciencias Jurídicas y Justicia



Sara Aguilar
c.c. Archivo


Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



Nota: Para efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	ii
De los funcionarios públicos y su marco jurídico y doctrinario	1
Análisis comparativo de las penas de los delitos de negociaciones ilícitas y los delitos de peculado y malversación	13
Aplicación del principio de proporcionalidad en la resolución de procesos por delitos en contra de la Administración Pública	40
Conclusiones	44
Referencias	46

Resumen

El presente trabajo se realizó con el fin de efectuar el estudio y análisis del principio de proporcionalidad y las penas, en los delitos de negociaciones ilícitas, peculado y malversación, con base a un enfoque legal y doctrinario.

Para el efecto, se desarrollaron los temas siguientes: definición, elementos, modalidades y las penas, de cada uno de los delitos citados; la responsabilidad de los funcionarios públicos al incurrir en actos delictivos en el ejercicio del cargo. Asimismo, se estableció el marco legal que regula el actuar de los funcionarios y empleados públicos y el papel del órgano fiscalizador que es la Contraloría General de Cuentas como entidad técnica y descentralizada del Estado.

Se elaboró un cuadro comparativo de las penas de los delitos para ilustrar el análisis efectuado sobre el principio de proporcionalidad en cuanto a la sanción impuesta a los funcionarios y empleados públicos que incurren en estos delitos y determinar así su incongruencia. Estableciendo de último las conclusiones respectivas y las referencias que sirvieron de fundamento para realizar la investigación.

Palabras clave

Peculado. Malversación. Negociaciones ilícitas. Funcionario y empleado público. Principio de Proporcionalidad. Penas. Legislación.

Introducción

La corrupción, en todas sus manifestaciones, constituye un flagelo que actualmente afecta la administración del Estado y por ende a la sociedad guatemalteca. Tal situación motivó la presente investigación, para establecer dentro del catálogo de delitos cometidos por funcionarios y empleados públicos, específicamente sobre negociaciones ilícitas, peculado y malversación, el grado de severidad de las penas, ya que los mismos constituyen uno de los flagelos de corrupción que más adolece el Estado de Guatemala, por parte de los administradores del erario de la nación.

Se desarrollaron temas relacionados con los tipos de funciones que se realizan en la administración pública y la responsabilidad de los funcionarios o empleados públicos en el ejercicio del cargo.

Asimismo, se realizó un análisis comparativo sobre las penas, sus elementos y modalidades, a través del cual se determinó que las sanciones impuestas a los funcionarios que incurren en esta serie de delitos, no están acordes al patrimonio defraudado al Estado. Si se revisan, puede apreciarse con facilidad que las sanciones son poco drásticas, dando lugar a que los procesados luego de cumplir con la sanción impuesta y de solventar su situación jurídica, puedan no sólo agenciarse el fruto resultado del ilícito cometido, sino, además, pueden optar nuevamente a ejercer cargos públicos.

Como fuentes de consulta para recabar la información se utilizaron: libros, leyes, otros documentos en materia penal e internet; y como métodos de investigación se consideraron: el analítico y deductivo.

De los funcionarios públicos y su marco jurídico y doctrinario

De conformidad con lo regulado en Disposiciones Generales, artículo I, numeral 2º del Código Penal: “Para los efectos penales se entiende: ...Por funcionario público quien, por disposición de la ley, por elección popular o legítimo nombramiento, ejerce cargo o mando, jurisdicción o representación, de carácter oficial...”. (Congreso de la República, 1973).

Como se demuestra, la figura de funcionarios públicos se refiere a las personas que se desenvuelven en cargos electivos dentro del Estado; asimismo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en su artículo 2, literal a), romanos iii), indica que: “... “funcionario Público” toda persona que desempeña una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado parte...”.

Al hablar de funcionario, es la persona que pone en ejercicio el poder público; se centra mayormente en las personas investidas por la ley para realizar las funciones públicas, quienes pueden ser electos por el pueblo a través del sufragio o nombrados por algún Organismo del Estado.

Asimismo, debe resaltarse que ciertos funcionarios como el Presidente y el Vicepresidente de la República, los Magistrados, los Ministros de Estado o Viceministros, cuando actúen como encargados del despacho, el Procurador General de la Nación y los alcaldes municipales de las cabeceras departamentales y municipales de conformidad con el artículo 48 del Código Municipal, gozan de inmunidad por razón de su alta investidura. Es por ello que cuando transgreden la ley, se deben cumplir los parámetros que regula la Ley en Materia de Antejucio. Agotado dicho procedimiento, procede investigarlo y ligarlo a proceso penal ante el órgano jurisdiccional competente, en donde se dilucidará su situación jurídica como cualquier persona particular.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, entre funcionario y empleado público existen diferencias básicas, establecidas tanto doctrinaria como legalmente así:

Al respecto, Ossorio señala:

Empleado público. Agente que presta servicio con carácter permanente, mediante remuneración, en la administración nacional, provincial o municipal. Se encuentra jerárquicamente dirigido por el funcionario público, por el agente de la administración nacional, provincial o municipal que tiene la representación del órgano al frente del cual se encuentra, con facultades de voluntad y de *imperium*, con el ejercicio de la potestad pública. (2000:383).

En Guatemala, la Ley del Servicio Civil, en su artículo 4, establece que servidor público es la persona individual que ocupa un puesto en la administración pública; y el servicio que presta es permanente y bajo la subordinación de un superior jerárquico. Por consiguiente el empleado público forma parte del personal subalterno.

Asimismo, en el artículo 2 de la Ley de Servicio Civil se puede advertir que esta normativa tiene como objeto “...regular las relaciones entre la administración pública y sus servidores...”, es decir los empleados públicos, así como estipular toda la actividad desarrollada por los mismos dentro de la Administración del Estado, no así la de los funcionarios públicos, que de conformidad con la Ley de Servicio Civil, en su artículo 32, clasifica estos cargos como de servicio exento, por lo que no están sujetos a esta Ley, entre los cuales se pueden mencionar:

- Ministros, viceministros de Estado
- Secretarios de la Presidencia de la República
- Registradores de la Propiedad
- Directores generales
- Gobernadores departamentales, entre otros

Otra diferencia entre estos cargos públicos radica en que algunos funcionarios, como se indicó anteriormente, gozan de inmunidad, por lo que se requiere de procedimiento especial para su investigación. El empleado público, en cambio, al transgredir la norma, la Policía Nacional Civil o el propio Ministerio Público tienen la facultad para investigar o en su caso, cuando existe flagrancia, cualquier persona puede proceder a denunciarlo ante la autoridad competente para su juzgamiento.

Marco legal de los funcionarios públicos

A continuación, para efectos de estudio, se describe la normativa que regula el actuar de los funcionarios públicos así:

➤ Constitución Política de la República: en su artículo 154, establece:

Función pública; sujeción a la ley. Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella.

Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno.

La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley, y no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de fidelidad a la Constitución.

Por consiguiente, los funcionarios públicos son quienes tienen la responsabilidad de velar porque en las dependencias a su cargo se cumpla con la ley.

- Código Penal: según la Constitución Política de la República, en el artículo 155, en su tercer párrafo, estipula que los funcionarios públicos son responsables penalmente al cometer actos tipificados como delitos en la ley. Los cuales se desarrollan en los artículos del 418 al 452 del Código Penal.

De conformidad con los artículos indicados, los funcionarios o empleados públicos son responsables dentro de su actuar y deberán someterse a proceso penal para dilucidar su situación jurídica ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

- Ley en Materia de Antejudio: al respecto, el Código Procesal Penal, en el artículo 293, cita el antejudio como uno de los obstáculos a la persecución penal y civil, conocida en doctrina como excepción a la autonomía del Derecho Procesal Penal. Los tres obstáculos que la ley resalta son la cuestión prejudicial, el antejudio y las excepciones. En el caso del antejudio, es la facultad que ciertos funcionarios gozan por razón de su alta investidura, que al existir una causal de falta o delito no pueden ser sometidos a una investigación como suele suceder con una persona particular.

Constitucionalmente y basado en la Ley en Materia de Antejucio, el juzgador nombrado en calidad de pesquisidor, realiza diligencias previas sobre medios de convicción que sustenten una posible denuncia y corrobora los hechos que sustentan la causa. Al tener suficientes elementos de convicción para la calificación jurídica de un hecho punible, declara ha lugar el antejucio e inmediatamente el funcionario público pierde la inmunidad y será sujeto a una investigación por un órgano jurisdiccional ordinario, donde solventará su situación jurídica como persona común. Caso contrario, si el juez pesquisidor no encuentra sustento en la denuncia, se archiva la causa, siendo ésta garantía máxima de protección del debido proceso y el Estado de Derecho.

- Ley de Contrataciones del Estado, establece en los artículos 12 y 13 los impedimentos y excusas.

La ley citada establece claramente los impedimentos en cuanto a la participación directa del contratante. En este caso el funcionario público, en la juntas de licitación y cotización, de igual forma debe excusarse cuando tenga amistad íntima o relaciones con lagunas de las partes contratantes. Su involucramiento suele dar motivo a favoritismo en las concesiones, situación que genera ilícito penal, que encuadra en los delitos de concusión y fraude, cuando el funcionario

se inclina a favorecer a cierta persona individual o jurídica en las concesiones.

Dicha ley, en el artículo 80, literales e) y f), establece las prohibiciones. Allí se indica que el servidor o trabajador público no podrá cotizar, licitar, ni celebrar contratos con el Estado, ni tampoco intervenir directa o indirectamente en las fases previas a la compra o contratación. Al darse estas acciones rectoras el servidor o trabajador público incurre en los delitos tipificados en el capítulo V del Código Penal de las negociaciones ilícitas.

➤ Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, el artículo 30 señala que la obligación de denunciar corresponde a:

Los auditores gubernamentales que en cumplimiento de su función, descubran la comisión de posibles delitos contra el patrimonio de los organismos, instituciones, entidades y personas sujetas a fiscalización, están obligados a presentar la denuncia correspondiente ante la autoridad competente y hacerlo del conocimiento del Contralor General de Cuentas, quien deberá constituirse como querellante adhesivo. Los funcionarios y empleados públicos, quedan obligados a prestar a los auditores el auxilio necesario para el efectivo cumplimiento de su función. En el caso de negarse, serán sancionados conforme a la ley.

De conformidad con la norma citada, los auditores gubernamentales tienen la obligación de iniciar de oficio o a solicitud de parte, una auditoría especial, ya sea ésta financiera o física de cualquier expediente o proyecto dentro de las esferas de las entidades públicas.

Cuando del resultado de la auditoria descubren hallazgos que pueden constituir la comisión de delitos, cometidos por parte de funcionarios o empleados públicos. Estos auditores están obligados a presentar la denuncia correspondiente ante la autoridad. En este caso la denuncia deberá hacerse ante el Ministerio Público, que por imperio de la ley es el encargado de la persecución penal y de la investigación.

Para retroalimentar lo analizado, según estadística que obra en el Ministerio Público, en la Fiscalía de Sección Contra la Corrupción, un 25% de las denuncias en la fase de investigación son presentadas por auditores gubernamentales de la Contraloría General de Cuentas. Estas denuncias son el resultado de las auditorías realizadas en las instituciones públicas, donde han descubierto la comisión de posibles delitos, entre los que destacan: peculado, malversación, concusión, incumplimiento de deberes y abuso de autoridad.

También es menester mencionar que el 75% restante de los expedientes de investigación que obra en la fiscalía citada, se encuentra incorporado en cada uno como prueba reina el informe de auditoría practicada por auditores gubernamentales a requerimiento del Ministerio Público, toda vez que el 100% de dichos expedientes de investigación es por manejo de fondos públicos, por lo que es esencial dicho informe de auditoría para fundamentar el proceso penal.

La Constitución establece la estructura y organización de los organismos de control administrativo. Entre ellos se destacan: la Procuraduría de los Derechos Humanos, el Ministerio Público y la Contraloría General de Cuentas, ubicando a ésta última dentro del Régimen de Control y Fiscalización de conformidad a los artículos constitucionales 2 y 4.

Constitucionalmente, toda actividad ejercida y desarrollada en la administración pública por funcionarios o empleados públicos, por mínimo que sea y máxime cuando medie manejo de fondos públicos, la Contraloría General de Cuentas es la institución de control administrativo encargada del control y fiscalización de la inversión y modo de ejecución del erario nacional.

Responsabilidad de los funcionarios públicos

De conformidad con el artículo 4, de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos:

Son responsables de conformidad de las normas contenidas en esta ley y serán sancionados por el incumplimiento o inobservancia de la misma, conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente en el país, todas aquellas personas investidas de funciones públicas permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas,...

La citada norma es clara al indicar la responsabilidad de los funcionarios y los empleados públicos cuando en el desempeño de las funciones incurren en ilegalidades o en la inobservancia de la ley.

Incluye a todas aquellas personas que prestan sus servicios así:

- En forma permanente, en los Organismos del Estado, las entidades centralizadas, descentralizadas y autónomas.
- Transitorias, es el caso de las personas que prestan un servicio público y; que no ostenta un nombramiento para fungir como tal, es decir, por ejemplo, concretizan la función como contratistas de obras públicas que invierten o administran fondos del Estado.
- Así también, las personas que por sus funciones son remuneradas, como es el caso de las juntas directivas, los propietarios de las empresas que construyan, produzcan, monten, instalen, mejoren, adicionen, conserven, restauren y administren una obra, bien o servicio público.
- En el caso de las gratuitas, la ley no excluye de responsabilidades a todas aquellas personas que prestan sus servicios sociales en forma gratuita, cuando medie manejo de fondos públicos u otros bienes del Estado, dentro de este grupo están los miembros de junta directiva,

comités, asociaciones y patronatos autorizados conforme la ley para recaudación y manejo de fondos con fines públicos y beneficio social.

De conformidad con la ley citada, en sus artículos del 8 al 10, se estipulan las responsabilidades de los servidores públicos, siendo las siguientes:

- Responsabilidad administrativa: incurre en ésta cuando por acción u omisión el funcionario público incumple la normativa administrativa; o cuando no cumpla debidamente con las funciones inherentes al cargo.
- Responsabilidad civil: cuando el funcionario por acción u omisión, ya sea en forma intencional o por "... negligencia, imprudencia, impericia o abuso de poder se cometa en perjuicio y daño del patrimonio público...", lo cual es independiente de la responsabilidad penal.
- Responsabilidad penal: cuando los sujetos de responsabilidad como dignatarios, autoridades, funcionarios y empleados públicos: miembros de las juntas directivas, directores gerentes, administradores, comités asociaciones, patronatos, contratistas de

obras públicas, los miembros de las juntas directivas, etc., por acción, decisión, omisión, resolución de los mismos, incurren en delitos o faltas.

Según el Manual de Legislación Contra la Corrupción:

Responsabilidades jurídicas de los funcionarios: se dan cuando los funcionarios o empleados públicos infringen o no cumplen con lo ordenado por las leyes, éstas pueden ser: a) civiles: se da cuando el funcionario o empleados públicos causan daños a los particulares y al mismo Estado...b) Penales: Que ocurrirá cuando el funcionario encuadra su conducta en los tipos penales, misma que se deducirá en un proceso penal y que se puede extinguir si no se activa penalmente durante el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley. Debe tomarse en cuenta que hay varios funcionarios que gozan de antejuicio, y que el procedimiento para la instalación y funcionamiento para ello existe una ley específica que regula esta institución, que es la ley, en materia de antejuicio, (2004: 17).

La Carta Magna establece parámetros de responsabilidades en que incurren los funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones. Una de ella es la civil, que es en la que se incurre cuando se causan daños a los particulares y al propio Estado. Pero la esencia del presente análisis es la responsabilidad penal, cuando la conducta del funcionario encuadra en tipos penales, que da origen a un proceso judicial, que por el transcurso del tiempo, si no se acciona prescribe.

Conforme a lo que preceptúa el artículo 4 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, la responsabilidad es extensiva a las personas que sirven en la

administración pública y prestan sus servicios en el extranjero en cualquier ramo.

Lo anterior indica claramente que al transgredir una norma, el funcionario o empleado público está sujeto a una sanción. Ésta debe darse por incumplimiento o inobservancia de las leyes vigentes en el país, ya sea por su investidura permanente o transitoria, como si es remunerada o gratuita, pero derivará siempre en una sanción por cualquier circunstancia o motivo.

Análisis comparativo de las penas de los delitos de negociaciones ilícitas y los delitos de peculado y malversación

De la corrupción en las instituciones públicas.

Los medios de comunicación social pregonan que Guatemala, en el 2013, subió con diez puntos a la escala de países corruptos a nivel mundial. La mayor parte de estos actos radica en las instituciones públicas. Esto ocurre debido a que algunos funcionarios públicos incumplen con el fiel juramento de fidelidad a la Constitución Política de la República. En lugar de estar al servicio del Estado, se preocupan por beneficiarse en forma personal, incurriendo en ilegalidades, amasando, en algunos casos, fortunas cuyo origen se desconoce.

Según el Manual de Legislación contra la Corrupción: “El término corrupción proviene de la voz latina *corrumpere* que significa; “descomponer”, “echar a perder” o “podrir”. (2004: 10).

Para ello, debe destacarse que la corrupción se ha ido consolidando en la misma medida en que la doctrina militar contrainsurgente impuso al Estado características autoritarias, manifestándose a través de:

La elevada centralización política y administrativa misma que permite abusos en la concentración de poder en números reducidos de personas.

La amplia discrecionalidad de los funcionarios: que facilitó realizar un ejercicio público sin controles ni rendición de cuentas a otras estructuras o instituciones estatales prácticas que se arraigaron en el inconsciente colectivo de la ciudadanía y que finalmente se constituyen en el obstáculo para enraizar una cultura de transparencia.

El debilitamiento del aparato y la función de la administración pública: que como consecuencia de los dos anteriores supuestos se generalizó la percepción de la poca utilidad para el ciudadano común de la institucionalidad, y con ello la falta de credibilidad del sistema, especialmente en campos como el policial y la administración y aplicación de la justicia. (2004:9).

Como se puede observar, la política administrativa de gobierno en algunos aspectos ha perjudicado el sistema de control y fiscalización, debido a la centralización del poder por parte de un número reducido de personas. Asimismo, la discrecionalidad de algunos funcionarios que ha permitido el ejercicio de las funciones públicas sin el control debido, quienes son nombrados a cargos de vital importancia para el Ejecutivo, sin llenar los requisitos básicos e idóneos para los mismos.

En consecuencia, el Congreso de la República aprobó la Ley contra la Corrupción, después de más de 10 años de espera, con el objeto de contrarrestar los flagelos de corrupción, en la cual se encuentra inmersa la administración pública. Según comentó Marroquín, de Acción Ciudadana:

“este alto índice de corrupción que sufre el país es gracias al mal manejo de la política de Estado y esto ha crecido a tal punto que ha corroído a la sociedad y a sus instituciones”. Según el analista, ante el actual panorama en Guatemala es difícil percibir cambios en el corto plazo, ya que ello depende del trabajo conjunto entre la sociedad y el Estado. (<http://www.latribunaguatemala.com.gt/ipc-guatemala-incremente-su-nivel-corrupción/>. Recuperado: 01.07.2014).

De acuerdo con la legislación penal, este tipo de delitos (en general) se centra principalmente en el erario o recursos económicos de la propia administración pública y, esencialmente, en el contribuyente que es la ciudadanía en general conminada al pago de impuestos, arbitrios y otros emolumentos establecidos en la ley, que es de donde obtiene el Estado los recursos para cumplir sus fines.

Es de recalcar que al mediar incumplimiento en el desempeño de las funciones por parte del funcionario o empleado público, reviste desequilibrio en los servicios de la administración pública, afectando la imagen del propio Estado, toda vez que la representatividad delegada e inherente al funcionario no sólo afecta al mismo Estado, por los servicios dejados de cumplir, sino mayormente a la población en general.

Se puede citar como ejemplo: si un funcionario público que consciente de que el dinero destinado a la construcción de un establecimiento educativo está siéndose apropiado por persona particular, debe saber que defrauda al Estado en su patrimonio, pues se deja de cumplir el desarrollo y fomento en la educación, afectando de esa forma a la colectividad.

A continuación, se realizó una breve descripción de los delitos objeto de estudio y dentro de los contemplados en negociaciones ilícitas figuran:

- Concusión,
- Tráfico de influencias,
- Fraude,
- Cobro ilegal de comisiones,
- Exacciones ilegales y
- Cobro indebido.

Cabe mencionar que la modalidad de estos delitos se consuman cuando el funcionario o cualquier empleado público, aprovechándose del cargo, muestra interés e injerencia al favorecer la adjudicación de ciertos proyectos. Esto es más claro aún cuando se actúa con la intención de sacar provecho económico, utilizando medios oscuros y ambiguos en la contratación de oferente. Estos flagelos se dan mayormente entre

Alcaldes Municipales, que se inclinan a personas conocidas y en el peor de los casos involucran a familiares por ese favoritismo, violentando totalmente las prohibiciones que regula la Ley de Contrataciones del Estado.

➤ Conclusión

Este delito frecuentemente es cometido por funcionarios, quienes tienen a su cargo la administración de los fondos públicos, entre los que mayormente figuran como autores, según datos obtenidos en la Fiscalía de Sección Contra la Corrupción del Ministerio Público: los alcaldes municipales, gobernadores departamentales en calidad de presidentes de los consejos de Desarrollo, ministros de Estado y directores de dependencias.

Al respecto Meini señala lo siguiente: “...esto se materializa cuando el funcionario o empleado público medie con propósito de lucro, interponga su influencia para obtener una resolución de cualquier autoridad o dictamen que debe pronunciarse ante la misma... (2010:64).

Esta modalidad concurre cuando el funcionario o empleado público indirectamente invita a familiares y amigos para participar como oferentes en las licitaciones sobre adjudicaciones de obras. Estos a su vez, para aprovechar el beneficio a ser tomados en cuenta, crean

empresas de cartón debidamente inscritas en el Registro Mercantil, con el ánimo de facilitar el reparto del botín cuando medie sobre valoraciones de precios de las obras. Y el funcionario o empleado público aprovecha la discreción en este caso por la relación de amistad y familiaridad de los favorecidos.

Al existir inclinación e interés por parte del funcionario o empleado público, son favorecidos en las adjudicaciones las personas allegadas a él, sin importar los requisitos de calidad exigidos por la ley; excluyendo a los otros oferentes quienes llenan los estándares de calidad y cantidad; esto para llenar los requisitos según la Ley de Contrataciones del Estado, que norma en cualquier concurso deben participar varios oferentes. La ejecución y desarrollo de la obra por parte del adjudicado, es legal porque se cumplió con la ley de la materia. El resultado de esta acción o el pago de la adjudicación representan para el contratista beneficiado un compromiso económico con el funcionario o empleado concesionario, toda vez que su elección en la licitación medió simulación e interés. Con el beneficio económico que percibe el funcionario o empleado público resultado de su injerencia o influencia, origina ilícitos penales.

Según el artículo 449 del Código Penal, cometen el delito de concusión:

10. 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.

- 2o. El funcionario o empleado público que, con propósito de lucro, interponga su influencia para obtener una resolución de cualquier autoridad, o directamente que debe pronunciarse ante la misma.

Doctrinariamente, Cabanellas lo define como: “Delito que consiste en exigir un magistrado, juez o funcionario público, en provecho propio, una contribución o impuesto no establecido con autorización competente, o mayores derechos que los legalmente debidos.” (2001:264).

Modalidades: esta modalidad de concusión tiene que ser interpretada de conformidad con la segunda modalidad, que se asemeja en demasía al delito de tráfico de influencias. En efecto, desde que el legislador guatemalteco ha tipificado bajo el título de concusión dos comportamientos tan similares, es necesario, en primer lugar, establecer la diferencia entre esta modalidad de concusión y el delito de cohecho. Para ello sirve llamar la atención de que la modalidad del delito de concusión del artículo 449 inciso 1. del Código Penal no exige la intervención de un particular que celebre con el funcionario o empleado público algún acuerdo ilícito. (Meini, 2010:60).

La modalidad de este ilícito, como indica Cabanellas, para que se tipifique como tal, no hay necesidad de la participación de un particular, es la propia intervención del funcionario por razón de su cargo para obtener beneficio, contrario al delito de cohecho que es necesaria la participación de un particular para consumir el hecho.

Los elementos de la primera de las formas son:

- a) Que el sujeto activo, se interese en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su negocio, no el normal interés de los funcionarios en los asuntos propios a su cargo, sino como se dijo, un interés lucrativo en perjuicio del Estado.
- b) Dicho interés puede manifestarse, directa, indirectamente o por actos simulados.
- c) Elemento interno es el “dolo específico consciente en la voluntad y conciencia, en el agente de estar consciente de que obra sin derecho y por ello de abusar de su autoridad de encargado de un servicio público para lucrar con ellas, en perjuicio ilegítimo del pasivo” [Carrancá y Rivas, 1983:476. El interés directo del funcionario en cualquier contrato u operación en que intervenga y por interponer su influencia para obtener una resolución o dictamen por razón de su cargo]. (De León y De Mata, 1999:703).

El primer elemento enfoca al funcionario o al empleado público como sujeto activo, él manifiesta esencial interés en cualquier contrato u operación; ese interés puede manifestarse directa e indirectamente o simulado, prevaleciendo el dolo, que debe ser consciente para abusar de su autoridad.

En el segundo caso:

La materialidad del hecho se configura por interponer el sujeto activo su influencia para obtener una resolución o dictamen. b) Elemento interno. El propósito de lucro. Podemos concluir en que la concusión y el cohecho pasivo tienen, como dice Carrancá y R. [1983: 476] parentesco, pero la diferencia se encuentra en que la concusión el funcionario no se limita, como en el cohecho a recibir, sino que se interesa en los contratos u operaciones en que interviene, en el primer caso, o como en el segundo: interpone a su influencia para obtener una resolución o dictamen de autoridad. Es decir, de acuerdo con nuestra ley: el interés es en determinadas operaciones, y la influencia, debe interponerse para el objeto determinado que indica la ley.]. (De León y De Mata, 1999:703).

En el segundo elemento se materializa la influencia para la obtención de una resolución, la intención interior de lucrar. Estas son las modalidades que utilizan varios alcaldes municipales del país, adjudican obras o proyectos a personas determinadas, sin tomar en cuenta a otras que llenan requisitos de cantidad, calidad, conocimiento, garantía y seguridad.

➤ Fraude

Este delito se ubica dentro de la gama de negociaciones ilícitas, como esencia para su tipificación dentro del molde lógico, se da cuando el funcionario o empleado público se concierta con los interesados o especuladores o cuando usa cualquier otro artificio para defraudar al Estado. Enfocando el espíritu de concertar, tal término refiere a una actividad que no precisa resultado;

...es decir, el delito se consuma desde el momento en que el funcionario o empleado público por razón de cargo interviene en alguna comisión de suministros, contratos, ajustes o liquidaciones de efectos de haberes públicos para concertar con algún interesado o especulador para defraudar al Estado... (Meini, 2010:66).

Puede darse la modalidad de mera actividad, con relación al artificio que puede encaminarse al engaño o falsedad, arrojando como resultado que la defraudación al Estado es de causa a consecuencia.

En la edición de prensa libre el 28 de julio de 2014, página 3, refiere a Desfalcos y fraudes en administración UNE.

Durante el gobierno de la Unidad Nacional de la Esperanza (2004-2008), unos Q 147.8 millones fueron desfalcados, según procesos judicializados consultados. Uno de los casos más sonados fue el desfalco de Q 82.8 millones del Congreso de la República que fueron trasladados a la casa de bolsa Mercados de Futuro. La Fiscalía recibió unas denuncias por este hecho el 4 de julio del 2008, y fue hasta el 2 de octubre del 2012 cuando se condenó al ex presidente del Congreso Eduardo Meyer y al ex gerente de la mencionada casa de bolsa Raúl Girón. Al primero se le impusieron tres años de prisión conmutables, mientras que al segundo se le condenó a 24. Otro caso fue el referente a la compra de vales de combustible por Q 40 millones que el 19 de septiembre del 2009 fue atribuido a la empresa Maskana, según la causa 0170-2010-00309. Por este hecho fueron sentenciados el ex director de la policía Nacional Civil Baltazar Gómez Barrios a cinco años de prisión. El ex ministro de Gobernación Raúl Antonio Velásquez aún enfrenta proceso por abuso de autoridad, concusión y lavado de dinero.

Según el artículo 450 del Código Penal, este delito se tipifica así:

Comete delito de fraude en la administración pública, el funcionario, empleado público quien ejerza funciones públicas o quien con ocasión de uno o más contratos con el Estado de ejecución d obras o servicios, intervenga en cualquier fase de los procesos de licitación, cotización, adquisición, compra, concesión, subasta, liquidación, procesada directamente o por medio de otra unidad ejecutora, o usare cualquier otro artificio para defraudar al Estado.

Meini al respecto señala:

Dentro del universo de delitos de negociaciones ilícitas, del delito de fraude, o delito de colusión desleal como se le conoce en derecho comparado, cumple un rol trascendental. Sanciona un contubernio entre el funcionario o empleado público y un particular, pero lo que aquí interesa no es ese acuerdo (ello es relevante, tal cual, para el delito de cohecho). Aquí interesa que el concierto está encaminado a defraudar al Estado. Más allá de los elementos típicos que este delito regula y que son comunes a la gran mayoría de delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios o empleados públicos (básicamente la calidad de autor) hay otros elementos que le dan un particular importancia al delito de fraude. (2010:65 y 66).

En efecto, en primer lugar, este delito sólo se puede cometer en ocasión de una comisión de suministros, contratos, ajustes o liquidaciones de efectos de haberes públicos en las que intervenga el autor por razón de su cargo.

A partir de esta consideración, se deduce que si el funcionario o empleado público no interviene en la comisión de esta serie de actos públicos, pero igual se interesa en ellos, cometerá, en todo caso, el delito de concusión del artículo 449 inciso 2 del Código Penal. Se deduce también que, en la medida en que todas estas operaciones tienen carácter patrimonial, la defraudación al Estado tiene que ser también de carácter patrimonial.

En efecto, si bien el tipo penal no exige como resultado material del delito que el comportamiento del funcionario público logre efectivamente defraudar al Estado, sí precisa que el concierto o el uso de cualquier otro artificio persiga como finalidad defraudar al Estado.

Luego, la defraudación al Estado significa no sólo un perjuicio patrimonial para el Estado, sino también un provecho patrimonial para el sujeto.

Elementos según De León y De Mata son:

- a) Los sujetos del delito son los funcionarios o empleados públicos que por razón de su cargo, intervienen en alguna de las operaciones expresamente señaladas en el Código Penal.
- b) Es necesario que exista un concierto con los interesados o especuladores, o usar algún artificio (o maquinación) para defraudar al Estado.
- c) La defraudación debe perjudicar al Estado.
- d) No es necesario dice Cuello Calón [1971:406] que la defraudación llegue a realizarse, basta el mero concierto con los interesados o especuladores.
- e) Elemento interno: La conciencia de intervenir en alguna de las operaciones: comisión de suministros, contratos, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, y el ánimo de defraudar al Estado. (1999:704).

➤ **Exacciones ilegales**

Este delito se verifica cuando el funcionario o empleado público efectúa el cobro de un impuesto, contribución, tasa o arbitrio que no existe o no está regulada en la ley; al efectuar el cobro de los impuestos no autorizados, se presume la mala intención de su parte, y posteriormente efectuará la transferencia ilegal, como lo hizo cuando efectuó el cobro de los mismos.

De conformidad con el artículo 451 del Código Penal:

Exacciones ilegales. Comete delito de exacciones ilegales, el funcionario o empleado público que exigiere impuesto, contribución, tasa o arbitrios ilegales o mayores de los que correspondan. Si el funcionario o empleado público convirtiere en provecho propio o de terceros el producto de las exacciones expresadas en el párrafo anterior, la pena se aumentará en una tercera parte. (Congreso de la República de Guatemala, 1973).

Esta modalidad de ilícito suele suceder en las municipalidades del país, en donde se cobra el piso de plaza, contribuciones u otros arbitrios; o en los centros turísticos a cargo del Ministerio de Cultura y Deportes, cuando el encargado del cobro altera el valor de lo estipulado para su provecho. Afectando las arcas del Estado.

Según Cuello, citado por De León y De Mata:

En las partidas...se pena a los “Selladores” que tomaren más de lo que deben tomar por sellar las cartas; la Novísima Recopilación...estableció penas pecuniarias y pérdidas del oficio para los alguaciles que cobraren derechos superiores a los contenidos en el arancel; el Código Penal de 1822 consagró a este delito diversos artículos...hasta que en el de 1848...recibió esta materia la misma regulación que en los de 1870, 1928 y 1932 y en el hoy vigente”. En el Código Penal guatemalteco de 1936, existió regulación sobre este delito indicándose que lo cometía el funcionario público que exigiere directa o indirectamente mayores derechos que los que estuvieren señalados por razón de su cargo. En el Código Penal en vigor, se define este delito indicándose que lo comete el funcionario o empleado público que exigiere contribución, impuesto, tasa o arbitrio ilegales o mayores de los que correspondan. (1999:705).

De León y De Mata, respecto a los elementos de este delito señalan:

- a) Los sujetos de este delito (activos) son los funcionarios o empleados públicos capacitados para la exacción (cobro o exigencia) de alguno de los derechos estatales a que se refiere la ley; contribución, impuesto, tasa o arbitrio.
- b) La materialidad del hecho se configura por el hecho de exigir, el funcionario o empleado derechos ilegales, por ejemplo por no haberse estipulado así en una ley previa, o habiéndose estipulado, los exija en mayor cantidad que la prescrita en la ley. (1999:705).

Por lo anteriormente expuesto, la ilicitud penal se perfecciona cuando el funcionario público abusa del cargo, al efectuar cobros no estipulados en la ley o cuando efectúa cobros de contribuciones, impuestos, tasa o arbitrios, como se dijo, de valor elevados no estipulados en la ley.

➤ Cobro indebido

Es uno de los delitos cometidos en contra de la administración pública, en donde el bien jurídico tutelado son los recursos económicos del Estado, siendo el sujeto pasivo la administración pública y los administrados y el sujeto activo el funcionario o empleado público.

Al darse cobros indebidos, la transgresión origina ilícito penal, que no puede ser cometido por otra persona que no ostente dicho cargo, o sea, únicamente el funcionario y empleado público que autorice recibos o comprobantes ficticios, alterados o injustificados.

De conformidad al artículo 452 del Código Penal:

Comete el delito de cobro indebido, el funcionario o empleado público que autorice recibos o comprobantes ficticios, alterados o injustificados, o quien los cobrara.

Para Meini, cobro indebido es:

El tipo penal de cobro indebido no prevé que el sujeto activo deba poder autorizar comprobantes o recibos por razón de su cargo. Es correcto que sea así, pues en tal caso se trataría de un delito de peculado (artículo 439 del Código Penal) en la modalidad de sustraer valor pecuniario que se tenga por razón de cargo para sí o para otra persona. Si, en efecto, el funcionario o empleado público administrase o tuviese bajo su responsabilidad y por razón de su cargo el patrimonio con cargo al cual se

autoriza el recibo o el comprobante ficticio, el autorizarlo sería tan solo la forma en que se cometería el peculado. Por eso, en el delito de cobro indebido es necesario que el autor no tenga como atribución al autorizar recibos o comprobantes. (2010:72).

El centro medular de este delito es el funcionario o el empleado público, que autoriza comprobantes o recibos ficticios, no así legales, en la modalidad de sustraer valor pecuniario.

Elementos según De León y De Mata

- a) Sujetos activos son solamente funcionarios o empleados públicos.
- b) La materialidad del hecho se integra por autorizar recibos o comprobantes, y que estos sean ficticios. No se trata de extender los recibos legales, sino recibos fingidos, aparentes, que no sean los legítimos. Comete también este hecho, quien cobra dichos recibos.
- c) Elemento intencional. Que el funcionario quiera autorizar los recibos o comprobantes ficticios o la voluntad de cobrarlos. (1999:706).

➤ Peculado

Es el delito cometido única y exclusivamente por funcionario público en el ejercicio de sus funciones, cuando se da el desfaldo, consentimiento o apropiación de los fondos públicos, de los bienes que se le ha confiado para la custodia o administración, es decir, la decisión de cometer el ilícito es inherente con consentimiento y de forma directa.

Según Cabanellas: “Peculado, sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración. En la actualidad, este delito se denomina malversación de caudales públicos”. (2001:172).

Elementos del delito, según De León y De Mata:

- a) Que el sujeto activo a su cargo, por razón de sus funciones, dinero o efectos públicos.
- b) Que dichos efectos o dinero, los sustraiga directamente, o bien consienta que otro los sustraiga. (1999:688).

Al respecto Cuello, citado por De León y De Mata, indica que:

El término sustracción, se refiere... apropiarse de los efectos. Este como el siguiente delito se refiere a los actos que violan la fidelidad que los funcionarios deben observar en el manejo de los caudales que tienen a su cargo y “reprime no sólo el perjuicio económico sino también y muy especialmente, el abuso por parte del funcionario, de la confianza públicamente en él depositada” [Cuello Calón, 1971: 431].

Por tal razón a estos delitos, en la literatura penal alemana dominante, trata de separárseles como apropiaciones y retenciones indebidas, criterio que no ha sido aceptado en nuestro ambiente penal especialmente porque en la forma en que se sanciona actualmente como delito contra la administración pública “se halla la única respuesta posible a la corrupción característica de las administraciones modernas y a la violencia que brota de La burocracia de los Estados.” [Torio López, delitos contra la administración pública; 423].

Elemento interno. Es un delito doloso; requiere un dolo específico consistente en la conciencia y voluntad del sujeto activo de obtener lucro económico propio o de un tercero. (1999:699).

De conformidad con el Código Penal, este delito tiene dos modalidades:

- Peculado por sustracción

Este delito es consumado cuando el funcionario o empleado público sustrae o consiente que otro sustraiga dinero, efectos o bienes que custodie, perciba, administre o guarde por razón de sus funciones; es

decir que la comisión del delito la lleve a cabo el propio funcionario o empleado público o que consienta que otra persona lo sustraiga.

Como dato esencial según información de la Fiscalía de Sección Contra la Corrupción del Ministerio Público, la mayoría de denuncias, en la fase de investigación, son por delitos de peculado en sus diferentes modalidades y circunstancias cometidas por funcionarios y empleados públicos de diferentes categorías y latitudes, encargados de los efectos públicos por concepto de administración o guarda.

De acuerdo con el Código Penal, artículo 445, el delito de peculado por sustracción, se tipifica así:

Comete delito de peculado por sustracción, el funcionario o empleado público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga dinero, efectos o bienes que custodie, perciba, administre o guarde por razón de sus funciones.

- Peculado por uso

Es el cometido por funcionario o empleado público, al utilizar o permitir que otro utilice en provecho personal o de terceros los vehículos, maquinaria o cualquier otro equipo o instrumentos de trabajo que se encuentra bajo su guarda y custodia, así como los trabajos o servicios destinados al cargo público que ejerce o que sea trabajo o servicios pagados con fondos públicos.

Se pueden citar como ejemplo, los vehículos para uso de reparación de caminos, el encargado lo utiliza para situaciones personales o permite que otras personas lo utilicen para provecho particular; de la misma forma los vehículos destinados para transporte de personal, equipo, materiales que son utilizados por los encargados los fines de semana para actividades particulares; asimismo, a los celulares o demás equipo de comunicación, les dan uso diferente al oficial.

Artículo 445 Bis. del Código Penal, peculado por uso es:

Comete delito de peculado por uso, el funcionario o empleado público que, para fines distintos al servicio establecidos en la administración pública, utilice o permita que otro utilice, en provecho propio o de terceros, vehículos, maquinaria, cualquier otro equipo o instrumento de trabajo que se halle bajo su guarda, custodia o administración pertenecientes a la administración pública, así como trabajos o servicios destinados al cargo público que ejerce.

- Peculado culposo

De conformidad con el artículo 446 del Código Penal:

Comete delito de peculado culposo, el funcionario o empleado público que, por negligencia, diere ocasión a que se realizare por otra persona la sustracción de dinero, efectos o bienes públicos de que tratan los artículos 445 y 445 Bis, de la presente ley. ...La misma pena se impondrá al funcionario o empleado público que, a sabiendas, permita que se pierdan, destruyan, descompongan o venzan bienes, alimentos o productos de naturaleza perecedera que se encuentren bajo su custodia o administración, aún cuando no pertenezcan al Estado.

Si el dinero, efectos o bienes estuviesen destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena será aumentada en una tercera parte.

Para que el delito de peculado culposo se establezca como tal, deben encuadrarse los verbos rectores como tipos penales, al mediar negligencia por parte del funcionario o empleado público y diere ocasión a que lo realizare otra persona, la sustracción de dinero o efectos públicos, con el agravante de la pena aumentada en una tercera parte, cuando a sabiendas, permita que se pierdan, destruyan, descompongan o venzan, alimentos o productos de naturaleza perecedera, que se encuentran bajo su estricta custodia o administración, esto de conformidad al artículo 29 Ley Contra La Corrupción, que reforma el artículo 446 del Código Penal.

Este flagelo suele suceder en la bodegas de almacenamientos de productos de primera necesidad y productos perecederos que es urgente su distribución y que por negligencia de los funcionarios o empleados públicos a cargo, no llega a su destino, como es el caso del Programa de Gobierno Hambre Cero, que existe un sin número de denuncias por parte de la población necesitada que por negligencia en la coordinación y planificación en las funciones propias del cargo no distribuyen la ayuda oportunamente.

➤ Malversación

Para que este delito revista de calificación jurídica, como elemento esencial para su tipificación, el funcionario o empleado público en el desempeño de sus funciones otorga o concede a los caudales, efectos o bienes que administre, una aplicación, inversión o uso diferente de aquella a que estuvieren destinados. En la práctica, según datos obtenidos en la Fiscalía Contra la Corrupción del Ministerio Público, existe una gama de denuncias sujetas de investigación por delitos de malversación, cometidos por funcionarios de diferente rangos o jerarquías.

Meini (2000) señala que a sabiendas del destino de los caudales, según la ley, invierten los fondos en diferente proyecto y lugar distinto, sin importarles las sanciones penales.

En el artículo 447 del Código Penal, se establece el delito de malversación así:

... el funcionario o empleado público que diere a los caudales, efectos o bienes que administren, una aplicación o uso diferente de aquella a que estuvieren destinados.

Asimismo, Meini define dicho delito en la siguiente forma:

... precisa, al igual que las formas de peculado, que el autor infrinja sus deberes como leal y fiel administrador estatal. En otras palabras, cuando se califica la administración estatal de leal y fiel, no se piensa en términos morales o éticos, sino en

términos jurídicos. El comportamiento típico en el delito de malversación es darle a los caudales o efectos que se administren una aplicación distinta de aquella a que se estuviesen destinados. Esto genera las siguientes reflexiones...presupone que los efectos y caudales hayan sido destinados a una concreta aplicación...cuando el bien no tiene un destino concreto...la aplicación que se le da a los caudales y efectos ha de ser pública y no privada...no ha de ser necesariamente definitiva, pudiendo ser, simplemente temporal. (2010:53).

Los elementos, según De León y De Mata son:

- a) Que el sujeto activo, administre caudales o efectos públicos.
- b) Que dé a los mismos una aplicación diferente de aquella a que estén destinados. Se entiende aquí, que no se los apropia, pues los caudales para cierto objeto, se destine a otros.
- c) Elemento a ciertos efectos, y la voluntad de destinarlos para objeto diferente. (1999:700).

Como se puede observar, la definición legal y la doctrinaria, en cuanto a los elementos referidos, se centran en que el sujeto activo es el funcionario o el empleado, que por la falta de celos, el dinero destinado para un proyecto determinado, le da una aplicación o uso totalmente diferente, sin importarle las sanciones que regula el Código Penal.

➤ Incumplimiento del pago

Es la infracción de un deber, cometido por funcionario o empleado público en el desempeño de sus funciones. Se concretiza cuando teniendo fondos expeditos, demora sin justificación un pago ordinario y ordenado por autoridad competente.

La esencia de este delito es la demora del pago y sin justificación, en ese momento se encuadra el tipo penal e igual forma cuando el funcionario o empleado lo paga fuera del tiempo establecido, aunque el pago lo efectúa, pero al mediar atraso en el mismo no lo salva del hecho punible; también cuando es conminado por autoridad competente en efectuar el pago o depósito y no lo efectúa o desobedeciere.

El artículo 448 del Código Penal, lo regula así:

El funcionario o empleado público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario u ordenado por autoridad competente, ...
...funcionario o empleado público que, legalmente requerido, rehusare hacer entrega de dinero o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración.

Doctrinariamente, Meini indica:

Hace bien el legislador en consignar expresamente que la demora en el pago tiene que hacerse sin justificación. Pues cuando concorra alguna causa de justificación, y en general, cuando por razones ajenas al funcionario o empleado público no sea posible cumplir oportunamente con el pago, ello no tiene porqué ser responsabilidad del funcionario o empleado público... Los pagos cuya demora sanciona el artículo 448 del Código Penal han de ser pagos ordinarios. Esto significa que solo aquellos pagos regulares y que se encuentran debidamente registrados con antelación como obligatorios, (como salarios y en general pagos mensuales, pagos semestrales, pagos quincenales, por ejemplo), pueden dar lugar a este delito. (2010:57).

Los elementos del incumplimiento del pago, según De León y De Mata son:

- a) Que el funcionario tenga fondos expeditos, esto es, fondos que estén prontos a ser utilizados.

- b) Que dicho funcionario demore injustificadamente un pago ordinario, o bien ordenado por autoridad competente. En este caso se necesita que la demora sea injustificada.
- c) Elemento interno es el conocimiento de que está demorando un pago del cual se tienen fondos, y la voluntad de demorar, el mismo sin causa justificada.

El segundo caso:

- a) Que el funcionario tenga en su poder dinero o efectos, que hayan sido puestos bajo su custodia o administración....
- b) Que al ser legalmente requerido, rehúse hacer entrega de los mismos. Nótese que el requerimiento de la entrega ha de ser el “legal”, esto es, que se guarden las formalidades legales al requerirse.
- c) La conciencia y voluntad que se está siendo legalmente requerido y no querer entregar el dinero o los efectos forman el elemento interno del hecho. (1999:701).

Es meritorio mencionar los delitos anteriores, indicando además que el Código Penal regula 22 tipos delictivos que puede cometer un funcionario o empleado público por razón de su cargo, en perjuicio de los recursos económicos del Estado a cargo de la administración pública, por lo que la ley es clara al indicar, que estos tipos penales son cometidos única y exclusivamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio del cargo que ostentan, sea este por elección, nombramiento o por contrato, como ampliamente se analizó.

De las penas de los delitos y su análisis comparativo.

A continuación, se elaboró un cuadro comparativo sobre las penas de los delitos citados:

Delitos	Penas			
	Prisión	Multa Q	Inhabilitación especial	Otros
Concusión	2 a 6 años	5,000.00 a 25,000.00		
Tráfico de influencias	2 a 6 años aumentada el doble de la pena.		X	Si el funcionario o empleado público que esté conociendo, deba conocer o resolver el asunto, es de la administración de justicia, se impondrá el doble de la pena.
Fraude	5 a 10 años aumentada en 2/3 partes: 16 años 6 meses 6 días		X	Si la operación en la que interviene estuviese relacionada o destinada a fines asistenciales o a programas de apoyo, la pena será aumentada en 2/3 partes
Cobro ilegal de comisiones.	5 a 10 años	50,000.00 a 500,000.00	X	
Exacciones ilegales.	1 a 3 años aumentada a 1/3 parte que sería 4 años	5,000.00 a 25,000.00	X	Si el funcionario convirtiere en provecho propio o de terceros el producto de las exacciones expresadas, la pena será aumentada en 1/3 parte
Cobro indebido	1 a 3 años	5,000.00 a 25,000.00	X	
Peculado por sustracción	5 a 10 años	10,000.00 a 50,000.00 aumentada en 2/3 partes	X	Si el dinero, efectos o bienes estuviesen destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social la pena será aumentada en 2/3 partes
Peculado por uso	3 a 5 años aumentada en 2/3 partes	10,000.00 a 50,000.00 aumentada en 2/3 partes	X	Si están destinado a fines asistenciales o a programas de apoyo social será aumentada en 2/3 partes
Peculado Culposo	1 a 3 años aumentada en 1/3 parte		X	Si los efectos destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo asistencial será aumentada en 1/3 parte
Malversación	2 a 6 años aumentada en 2/3 partes	20,000.00 a 50,000.00		Si los caudales, efectos o bienes estuviesen destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena será aumentada en 2/3 partes
Incumplimiento del pago		100.00 a 1,000.00		

Como se puede observar en el cuadro anterior, se esquematizó cada uno de los delitos con sus penas, en qué casos corresponde el aumento de las mismas y cuándo aplica la inhabilitación especial.

Al respecto, cabe aclarar que la inhabilitación especial aplica cuando el tribunal dicta el veredicto final contenido en la sentencia, por ejemplo: al condenado por el delito de tráfico de influencias, se le aplicó la pena máxima y será suspendido por el plazo de nueve años para desempeñar cargo público, es decir, que tendrá prohibición para ejercer determinados empleos y funciones públicas durante ese período.

Penas	Delitos
Prisión y multa	Concusión Cobro ilegal de comisiones Exacciones ilegales Cobro indebido Peculado por sustracción Peculado por uso Malversación
Prisión	Tráfico de influencias Fraude artículo Peculado Culposo Incumplimiento del pago
Prisión más alta	Tráfico de influencias Fraude Peculado por sustracción
Sólo Multa	Incumplimiento del pago
Multa más alta y más baja	Alta: Cobro ilegal de comisiones Baja: Incumplimiento del pago

Asimismo, cabe agregar que en los delitos de malversación e incumplimiento del pago no aplica la inhabilitación especial, la ley no señala el motivo de la no aplicación de esta sanción en dichos delitos. Sin embargo, con base al siguiente caso puede presumirse el por qué el legislador no la consideró para esos hechos delictivos.

En un proceso por el delito de malversación de un proyecto de construcción de un mercado municipal, se destinaron los fondos correspondientes; previo a la apertura de la construcción, hubo resistencia por parte del vecindario del lugar, argumentado que el mercado no era prioridad, debido a que las aldeas y caseríos de la localidad no cuentan con acceso adecuado para el transporte de sus productos a la cabecera municipal, por lo que solicitaron la inversión de dichos fondos para la apertura de un camino vecinal; las autoridades optaron por acceder con lo solicitado e invirtieron los fondos para la carretera.

Como se advierte en el caso citado, las autoridades municipales no actuaron con dolo, porque nadie del concejo se aprovechó de los fondos para fines particulares, el dinero se invirtió en un proyecto no planificado, la obra física se realizó. No obstante, al efectuarla hubo inobservancia de procedimientos legales al haber dado uso distinto a los fondos públicos.

Lo anterior hace presumir que esa es una de las razones del legislador al no haber estipulado la inhabilitación especial en este ilícito, a diferencia en otros delitos donde el funcionario obtiene provecho en forma directa o indirecta a los caudales públicos.

Como resultado de este caso, el funcionario al ser condenado a una pena de multa y al efectuar el pago de la misma, queda exento de responsabilidad y tiene libre acceso a desempeñar cualquier puesto público, esto por la ausencia de la inhabilitación especial, que es una limitante para seguir desempeñando cargos públicos.

A diferencia de los otros delitos, como peculado por uso o por sustracción, aunque se paga la multa, en la sentencia se establece el tiempo por el cual el funcionario no puede ejercer cargo público, ya que aquí sí aplica la inhabilitación especial.

En igual forma, en el caso del delito de incumplimiento del pago, el Código Penal no contempla la inhabilitación especial, por no existir dolo en el sujeto activo.

De la aplicación de criterios de oportunidad

La norma jurídica establece la modalidad sobre la aplicación del criterio de oportunidad como salida alterna a delitos que tengan penas mínimas y máximas que no sobrepasan de cinco años. No obstante, se establece

claramente en el último párrafo del artículo 25 del Código Procesal Penal, que “El criterio de oportunidad... no se aplicará a hechos delictivos cometidos por funcionario o empleado público con motivo o ejercicio de su cargo”.

En tal virtud, en ningún caso se puede aplicar, como salida alterna en un caso concreto, dicho beneficio al funcionario o empleado público que cometa cualquier delito de los contemplados en el Código Penal, específicamente cuando el agravio es contra los recursos económicos de la administración pública.

Aplicación del principio de proporcionalidad en la resolución de procesos por delitos en contra de la administración pública.

Valoraciones sobre la proporcionalidad de las penas de prisión versus multas. Al hacer un análisis de la estructura de las normas jurídicas penales que regulan todo lo relativo a los delitos cometidos por funcionarios o por empleados públicos, es fácil determinar que las penas y las multas contenidas en esos tipos penales se quedan extremadamente cortas en relación con el impacto social que causan estos delitos. (Manual de Legislación contra la corrupción, Guatemala, 2004:18).

Como se observó en el cuadro comparativo elaborado para el efecto, las penas de los delitos en estudio, son insignificantes en relación a los montos de los recursos económicos sustraídos, como resultado de la

permanencia en el puesto o cargo, situación que permite ser aprovechada por ciertos funcionarios o empleados públicos para amasar fortunas.

Como práctica o costumbre, al solventar su situación jurídica legal, el funcionario o el empleado público tiene luz verde para asumir nuevamente cargos públicos, a través de elección popular o simplemente nombramiento, lo cual se ha convertido en círculo vicioso, ya que los dignatarios y los miembros del partido político oficial sin importarles los pronunciamientos y denuncias en contra de nombramientos de funcionarios con antecedentes penales, siguen designándoles para ejercer cargos en la administración pública, principalmente, por compromisos políticos.

Asimismo, se pueden mencionar los casos de: diputados y alcaldes que llevan veinticuatro años en los cargos, convirtiendo la administración pública en vitalicia; esto viene dándose desde la apertura democrática del país, por la falta de normas legales que frenan estos parámetros.

El impacto que genera lo anterior, los medios de comunicación social han sido pilares en la divulgación de la plaga llamada corrupción inmersa en el aparato estatal, no obstante, sigue enraizándose cada vez más.

Para efectos de ilustración sobre la aplicación del principio de proporcionalidad de las penas, se analizó el siguiente caso: en el Tribunal Décimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, de este departamento, se condenó a cinco años de prisión a Baltazar Gómez, ex director de la Policía Nacional Civil (PNC) y a Héctor Lapoyeu, ex subdirector de Apoyo y Logística de esa institución:

Por unanimidad, el tribunal resolvió que Gómez fuera condenado por los delitos de incumplimiento de deberes y concusión cometidos contra la administración pública, y deberá cumplir una condena de 5 años conmutables, por el caso del contrato anómalo suscrito con la empresa Maskana. Por incumplimiento recibió una pena de 2 años y 3 por concusión a razón de Q10 quetzales diarios. Lapoyeu fue sentenciado a 2 años por incumplimiento de deberes, conmutables a razón de Q 10 quetzales diarios. Sin embargo, el referido tribunal le suspendió la pena durante 3 años, con la advertencia de que si en ese tiempo comete otro delito, le revocarán el beneficio. Ambos fueron absueltos del delito de lavado de dinero y conspiración para el lavado.

Gómez y Lapoyeu fueron condenados a pagar cuatrocientos treinta mil quetzales por responsabilidades civiles, debido a los daños causados al Estado...La fiscalía contra la corrupción presentó más de 40 pruebas contra los acusados, entre documentos y testimonios. La investigación inició a principio del 2010 se descubrió que el Ministerio de Gobernación suscribió un contrato anómalo por 40 millones de quetzales con Maskana para adquirir cupones canjeables por gasolina para la PNC. (<http://www.presalibre.com/noticias/ex-policias-reciben-condenas-minimas> 0323967630.html. Recuperado: 02-07-14).

La sentencia aludida es un claro ejemplo de la vulnerabilidad de las penas sancionatorias, toda vez que la denuncia se originó por el contrato anómalo por 40 millones de quetzales con Maskana, para adquirir cupones canjeables por gasolina para la Policía Nacional Civil. La pena para Baltazar Gómez, ex director de la Policía Nacional Civil, fue de 2 años por el delito de incumplimiento de deberes y tres años por

concusión, conmutables a razón de 10 quetzales diarios y el pago de responsabilidades civiles por Q 430,000.00, con el argumento de los daños causados al Estado.

Al realizar la operación matemática, el valor total de la conmuta y la responsabilidad civil, son cantidades insignificantes a la par de los 40 millones que originó la causa penal; sumado a ello, en la condena no se habla de inhabilitación ni de confiscación de bienes al condenado, sintetizando que las penas que establecen los delitos analizados están totalmente apartados de la realidad de los montos que originan las denuncias, debilitando en esa forma la credibilidad en el manejo de la cartera financiera del Estado.

El principio de proporcionalidad de las penas es vulnerado al momento de la decisión judicial, debido que la norma establece penas desproporcionadas e incongruentes con el monto resultado del delito cometido por el funcionario, por lo que resulta insignificante la multa tan por debajo de lo sustraído, cuando a veces el monto oscila regularmente en millones de quetzales que llegan en beneficio personal del procesado.

Conclusiones

El Código Penal para los delitos de negociaciones ilícitas, peculado y malversación establece como penas principales: prisión y multa y como accesoria: la inhabilitación, lo cual vulnera el principio de proporcionalidad, ya que las mismas son desproporcionadas e incongruentes con el monto sustraído ilícitamente por el funcionario público y resulta insignificante la multa en comparación a la cantidad sustraída, toda vez que el monto oscila regularmente entre millones de quetzales y en beneficio personal del funcionario procesado.

A través del estudio, se pudo establecer que la diferencia básica entre los delitos de peculado y malversación y los de negociaciones ilícitas, radica en que la participación del sujeto activo, en caso de peculado y malversación, es directa, al contrariar la obligación de velar por el correcto uso, utilización y aplicación de aquellos bienes cuya administración, percepción o custodia le fueron confiados. Caso contrario en los delitos de negociaciones ilícitas, la participación del sujeto activo es indirecta, ya que el funcionario público adopta un comportamiento que implica una negociación e interés que se resuelva a favor de determinada persona, aprovechándose de su posición en el cargo.

Además de determinar la poca severidad de las penas en los delitos objeto de estudio, se pudo observar que los legisladores únicamente contemplaron entre las sanciones para estos delitos la inhabilitación especial, no así la inhabilitación absoluta, lo cual implica que los funcionarios y empleados públicos resten credibilidad a una persecución penal, a sabiendas que el resultado no implica severas sanciones; ya que después de solventar su situación jurídica, la Ley no les impide incursionar nuevamente a ocupar cargos públicos.

Referencias

Libros

Cuello, E. (1981). *Derecho Penal*. (18^a. ed.). Barcelona: Bosch.

De Mata, J. y De León, H. (1995). *Derecho Penal Guatemalteco*. (7^a. ed.). Guatemala: Imprenta El niño de oro.

Meini Méndez, I. (2008). *Delitos contra la Administración Pública*. (1^a. ed.) Guatemala: Litogres, S. A.

Manual de Legislación Contra la Corrupción. Alianza Estratégica integrada por Cámara de Comercio de Guatemala, Cien, Acción Ciudadana, Guatemala, 2004, Magna Terra Editores.

Diccionarios

Guillermo Cabanellas. (2001) *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta S. R. L. Buenos Aires, Argentina.

Ossorio, M. (1996). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Leyes

Constitución Política de la República de Guatemala. (1985) Asamblea Nacional Constituyente.

Asamblea Nacional Constituyente (1985) Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Convención Interamericana Contra La Corrupción. 2010. Asamblea General de las Organizaciones de los Estados Americanos.

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

Código Procesal Penal Guatemalteco. (1992) Decreto 55-92. Congreso de la República de Guatemala.

Ley Contra la Corrupción. (2012) Decreto 31-2012. Congreso de la República de Guatemala.

Ley en Materia de Antejudio (2002). Decreto número 85-2002. Congreso de la República de Guatemala.

Ley del Organismo Judicial. (1989) Decreto 2-89. Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos. (2002) Decreto Número 89 -2002. Congreso de la República de Guatemala.

Ley del Servicio Civil (1968). Decreto número 1748. Congreso de la República de Guatemala.

Código Civil. Decreto Ley 106, (1963). Jefe de gobierno de la República de Guatemala.

Internet

[Guatemala.com.gt/ipc-guatemala-incremente-su-nivel-corrupción/](http://www.guatemala.com.gt/ipc-guatemala-incremente-su-nivel-corrupción/).

<http://www.latribunagu>Recuperado: 01-07-2014.

<http://www.presalibre.com/noticias/ex-policias-reciben-condenas-minimas-0-323967630.html>. Recuperado: 02.07.14.