



Análisis de la Ley Contra la Corrupción

Ensayo dogmático sobre el Decreto 31-2012,
Ley Contra la Corrupción

Corte Suprema de Justicia

Con la colaboración del



GUATEMALA



UNIÓN EUROPEA

Programa de Apoyo
a la Seguridad y la Justicia en Guatemala
–SEJUST–

*Análisis de la
Ley Contra
la Corrupción*



Análisis de la Ley Contra la Corrupción

Ensayo dogmático sobre el Decreto 31-2012
Ley Contra la Corrupción.

Autor:

Héctor Aníbal De León Velasco¹

Corte Suprema de Justicia

¹ Abogado. Especialista en Derecho Penal, estudios de post grado acreditados por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona; otros estudios de post grado en Universidad de Salamanca, España y en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Magistrado de Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, período 1999-2004.

Colaboradores:
Programa de Apoyo a la Seguridad y la Justicia en Guatemala
de la Unión Europea
Dr. Rolando López Morán
Administrador del Programa



La presente publicación se realiza gracias al apoyo de la Unión Europea a través del Programa de Apoyo a la Seguridad y la Justicia en Guatemala –SEJUST–.

El contenido de este documento es responsabilidad exclusiva del autor y en ningún caso refleja la opinión de la Unión Europea o del Programa.

Segunda edición, revisada y corregida.
Segunda impresión de 5,000 ejemplares, febrero 2016.

Diagramación e impresión:
IDEART - www.estudioideart.com
Tels. 5998 4470 -2250 0758

ÍNDICE

Siglas y abreviaturas utilizadas.....	09
Presentación.....	13
Introducción.....	15
Capítulo I	
Definición de Corrupción y de Funcionario Público.....	17
Capítulo II	
El bien jurídico protegido en los delitos de Corrupción de los funcionarios públicos.....	23
Capítulo III	
El procedimiento.....	27
Capítulo IV	
Aspectos generales del Decreto 31-2012.....	29
Capítulo V	
Análisis de los delitos contenidos en el Decreto Legislativo 31-2012, Ley contra la Corrupción.....	37
Bibliografía.....	93

SIGLAS:

- CPRG:** Constitución Política de la República de Guatemala.
- CP:** Código Penal.
- LOJ:** Ley del Organismo Judicial.
- CC:** Corte de Constitucionalidad.
- CSJ:** Corte Suprema de Justicia.
- LCC:** Ley contra la Corrupción.
- CCIC:** Convención Interamericana contra la Corrupción.
- ONU:** Organización de las Naciones Unidas.
- CNUCC:** Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.



Corte Suprema de Justicia

Ranulfo Rafael Rojas Cetina
Presidente del Organismo Judicial
y de la Corte Suprema de Justicia
Período 2015 - 2016

Silvia Patricia Valdés Quezada
Magistrada Vocal I

Vitalina Orellana y Orellana
Magistrada Vocal III

Douglas René Charchal Ramos
Magistrado Vocal V

Sergio Amadeo Pineda Castañeda
Magistrado Vocal VII

Silvia Verónica García Molina
Magistrada Vocal IX

Nester Mauricio Vásquez Pimentel
Magistrado Vocal XI

Nery Osvaldo Medina Méndez
Magistrado Vocal II

Delia Marina Dávila Salazar
Magistrada Vocal IV

Josué Felipe Baquix Baquix
Magistrado Vocal VI

Blanca Aída Stalling Dávila
Magistrada Vocal VIII

Vladimir Osman Aguilar Guerra
Magistrado Vocal X

José Antonio Pineda Barales
Magistrado Vocal XIII



Presentación

De acuerdo a lo declarado en el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, así como en la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ésta representa una amenaza para la estabilidad y seguridad de las sociedades, al vulnerar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia, ya que compromete el desarrollo social.

Por esa razón la Corte Suprema de Justicia, comprometida y decidida a prevenir, detectar y disuadir todo indicio de corrupción, ha implementado acciones concretas para combatir la misma a lo interno de la institución. Dentro de ellas la campaña *“Denuncia actos irregulares y corrupción en el Organismo Judicial a nivel nacional”*, toda vez que sin

un Organismo Judicial transparente y libre de corrupción, no es posible contribuir a la lucha contra ese flagelo en el país.

Derivado de lo anterior, el Presidente, las Magistradas y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, con la cooperación del Programa de Apoyo a la Seguridad y a la Justicia en Guatemala –SEJUST– ponen a disposición de los funcionarios encargados de la administración de justicia y de la población en general, la Ley Contra la Corrupción, debidamente analizada y comentada, con la finalidad de sensibilizarlos y generar conciencia sobre la existencia y gravedad de este problema que socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia.

Con el presente documento no solo se pretende proporcionar una herramienta intelectual al lector que coadyuve a una mejor interpretación del Decreto 31-2012 del Congreso de la República, Ley Contra la Corrupción, sino también contribuir al desarrollo del Derecho Penal, la consolidación de un Estado de Derecho para fortalecer la convivencia social en la búsqueda del bien común de Guatemala.

Magistrado Ranulfo Rafael Rojas Cetina
Presidente del Organismo Judicial
y de la Corte Suprema de Justicia
Período 2015 - 2016

INTRODUCCIÓN

Bien pudiera decirse que las reflexiones sobre la corrupción, especialmente en el caso de la corrupción de los funcionarios, convergen, en cuanto ciudadanos observadores y receptores de lo que pasa a nuestro alrededor, en un cúmulo de insatisfacciones, por la falta de respuesta o la respuesta tardía de los sectores de la sociedad que pueden contribuir a evitar este fenómeno delictivo o minimizarlo.

El problema para la sociedad y para el mismo ciudadano, es observar tales hechos convertidos en costumbre. Esto produce como consecuencia, al menos, cierta insensibilidad hacia lo ilícito, por ejemplo (no único) el hecho de que en ciertos países todavía se menciona el término: “mordida”, como algo natural en la administración². Esto contribuye a que la corrupción vaya carcomiendo las instituciones Estatales, y que tal insatisfacción pueda decantarse en desmoralización y desesperación que en un momento dado tengan efectos contrarios a un Estado de Derecho que todos pretendemos, y que aunque no sea el ideal, garantice el ejercicio mínimo de nuestros derechos fundamentales y el

² Al respecto resulta anecdótico señalar que en el XII Congreso Internacional de Defensa Social sobre Corrupción y la Protección de la Administración Pública y de la Independencia de la Justicia celebrado en Lecce, Italia en 1996 fue muy popular la historia “de un caso de corrupción en que la policía de una comuna empobrecida colocó a un agente en una esquina con el pretexto de requerir y controlar los documentos del público. El requerido debía pagar un dólar para que se le permitiera circular libremente. De lo contrario, debía ir a la comisaría a dar explicaciones y hacer revisar su documentación, lo cual le llevaba bastante tiempo. Los que pasaban por el lugar pagaban sin problemas el dólar. Pero tiempo después, una persona se consiguió un traje de policía y se ubicó en otra esquina haciendo la misma tarea pero en su beneficio. Cuando fue descubierto, salió en el diario del lugar el titular: “Mordía sin derecho”. Ref. de Gargaglione, Elvira Lucía: Algo más sobre la corrupción, en Política Criminal, Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos en el Siglo XXI, pp. 325-326.

de las generaciones venideras, en las mejores condiciones a que puede aspirar una sociedad.

El presente documento se estructuró en cinco capítulos. En el primero se estudian las definiciones de corrupción y de funcionario público. El segundo capítulo aborda el bien jurídico protegido en los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos. En tercer capítulo se hace alusión al aspecto procedimental para la persecución de estos delitos. En el cuarto capítulo se analizan algunas cuestiones generales de la referida ley. En el quinto capítulo se hace referencia en particular los delitos contenidos la ley. En estos dos últimos capítulos, para comodidad del lector, se ha introducido, en un formato distinguible y de forma intercalada con los comentarios propios, los artículos íntegros del Decreto 31-2012, Ley Contra la Corrupción, que comenzó su vigencia el 30 de noviembre de 2012.

Este trabajo tiene la modesta pretensión de aportar una serie de reflexiones y análisis teóricos sobre el tema, acompañados de algunas experiencias reales, tanto a nivel personal como de otros autores y de miembros de nuestra sociedad a efecto de prestar un concurso concreto a los operadores del sistema de justicia, como un aporte a su labor y como una contribución para que las acciones judiciales tengan efecto en la conciencia social, contribución que puede ser un agregado muy importante en relación con la finalidad meramente declarativa de las convenciones y leyes existentes. En síntesis nuestra intención es colaborar a la interpretación de esta ley, más que a señalar los errores que como obra humana pueda tener y que desde luego, eventualmente se mencionan.

CAPÍTULO I

Definición de corrupción y de funcionario público

1. La corrupción de los funcionarios, supone una mezcla de motivos que tienen que ver con el uso (o abuso) del poder, que la propia ley les confiere, igualmente el incumplimiento por parte de los mismos de deberes de probidad y ética, deberes que la función pública impone. Esa mezcla, deriva de “la complejidad del mundo administrativo y sus vinculaciones con los más variados niveles de la vida partidista y económica, así como también las intrincadas técnicas de comisión, muy frecuentemente producen la disolución de los límites entre lo lícito y lo ilícito”³ siendo lo más alarmante, derivado del contenido de este concepto, que “casi podríamos decir que puede haber corrupción tanto en el ejercicio legal de la función pública, como en su desviación”⁴, y que el fenómeno, siendo evidentemente delictivo se haya mantenido por mucho tiempo en la sociedad, por tal motivo, con una sensación de legalidad, es decir, una sensación por demás desviada, de que todo lo actuado por los funcionarios es legal, porque los hechos en cuestión emanan de quienes la administran oficialmente.

Uno de los problemas que plantean, en general, las leyes contra la corrupción es su falta de univocidad, esencialmente en cuanto al concepto mismo de corrupción. Las principales

3 Aniyar de Castro, Lolita. Sobre la Corrupción. En: Política Criminal, Derechos Humanos y sistemas jurídicos en el Siglo XXI, p. 52

4 Idem.

leyes contra la corrupción a que nos referiremos, inicialmente la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y esencialmente, por ser motivo del trabajo, la Ley Contra la Corrupción contenida en el Decreto 31-2012 no definen lo que debe entenderse por corrupción, pero si lo hacen, en cuanto al contenido de la función pública y a los autores de los delitos contra ella, que vienen siendo los funcionarios públicos.

2. Contenido del concepto corrupción.

Por lo acotado supra ha de integrarse el concepto de corrupción, con lo que se haya dicho de ella por los especialistas, por los criterios en cuanto a la función pública y al funcionario público y por algunas otras referencias.

a. Criterios de los especialistas. Traemos al respecto los criterios de autores que se han destacado por tratar el tema de la corrupción.

a.1. En este nivel encontramos criterios como el de Lola Aniyar⁵, quien indica que siendo un fenómeno plurisémico puede entenderse a partir de varios puntos de vista. Agrega que tratar de entender dicho concepto a través de las definiciones legales, es la manera más limitada de hacerlo, por lo que además puede realizarse, dice la connotada venezolana, desde el punto de vista etimológico: “la corrupción es igual a pudrición, aquello que se descompone”⁶, puede analizarse también “en su dimensión de perversión del funcionamiento institucional global o de deformación del Estado de Derecho”⁷

5 Aniyar de Castro, Lola, Sobre la corrupción, o de la desesperación como motivo.; en: Política Criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el Siglo XXI; pág. 53

6 Ídem.

7 Ibidem.

- a.2. Otros autores como Gargaglione⁸ definen los hechos de corrupción por sus resultados, citando a Pedro Acosta Ministro de Obras Públicas de Roma (1997) quien indicó que el resultado de hechos de corrupción “fueron las llamadas catedrales en el desierto, autopistas sin terminar, canales que no se usaban, hospitales abandonados y conjuntos edilicios que no pasaban de los cimientos.” O sea, dentro de los hechos de corrupción han identificado como uno de los casos, aquellos en que los funcionarios públicos celebran con personas jurídicas o individuales de carácter particular, contratos de valor millonario para la realización de obra pública, pero que al realizarse las más elementales obras, los trabajos son abandonados sin que se sepa el destino de la inversión.
- b. Por ello las convenciones internacionales como las legislaciones propiamente, en lugar de ocuparse de la connotación de corrupción han tratado de definir la actividad del sujeto activo: el funcionario público, y sus características en ciertos tipos penales constitutivos de corrupción. Tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1997 (CICC)⁹, instrumento internacional que en América Latina precedió a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (suscrita en el 2003 y entró en vigor en el año 2005), contienen conceptos similares en relación con la función y los funcionarios públicos. Al referirse la primera a la función pública, entiende por tal “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre

8 Gargaglione, Elvira Lucía: Algo más sobre la corrupción; en: Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI, pág. 319.

9 Aprobada por el Congreso de la República mediante Decreto 15-2001.

del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades en cualquiera de sus niveles jerárquicos.”(Art. 1).

La Convención de la ONU contra la corrupción, indica que funcionario público es:

“I) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado parte. Ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo.

II) Toda persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte;

III) Toda persona definida como funcionario público en el derecho interno de un Estado parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente convención, podrá entenderse por funcionario público toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte.”¹⁰

El CP guatemalteco, se refiere a los delitos cometidos por funcionarios y empleados públicos (Título XII). Conforme dicho título definió¹¹ en el texto anterior a la reforma lo que conceptualizaba por una parte como funcionario y por la otra empleado público. Sin embargo, luego de la reforma provocada por el Decreto 31-2012 que se comenta, se elimina la definición de empleado público, entendemos que para mayor coherencia con la Convención de la ONU y para adaptarse a la definición de funcionario público de aquella.

10 Convención de las NNUU contra la corrupción, aprobada por el Congreso de la República de Guatemala mediante Decreto 91-2005.

11 En el artículo I, numeral 2º de las Disposiciones Generales.

Establece la disposición ahora vigente que, para los efectos penales, se entiende “*por funcionario público: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo, o judicial, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; II) Toda persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público. Por funcionario público extranjero, toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido, y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública. Por funcionario de una organización internacional pública, un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre.*”

CAPÍTULO II

El bien jurídico protegido en los delitos de corrupción de los funcionarios

Concepto general. Puede entenderse, de lo postulado en los tratados y convenciones internacionales superficialmente analizadas en líneas anteriores, que por tratarse de hechos cometidos en su generalidad por funcionarios públicos, que en los delitos de corrupción, aquellos atentan contra la administración pública, en relación con la probidad con que deben actuar respecto de ella, resulta afectada la administración pública, tanto por encontrarse los tipos delictivos en su mayoría en el Título XIII del CP, especialmente en los artículos que ha reformado o “creado” la Ley contra la Corrupción, y por ser la conducta objetiva descrita en los tipos, atentatoria de la actividad de la administración. Es decir, del Estado en general.

El fundamento lo encontramos en el Art. 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que luego deriva en el catálogo general de delitos y penas conocido como CP, que es de aplicación *erga omnes*, tal aplicación se efectúa en cuanto exista una conducta típica, antijurídica y culpable. No debe desatenderse para definir el bien jurídico protegido en estos delitos, al analizar cada tipo, un aspecto muy importante para la constitución del injusto, como es “la índole del deber infringido, especialmente evidente en los delitos de los funcionarios.”¹²

12 Torio López, Angel. Delitos contra la Administración Pública. En: Ensayos de derecho penal y criminología en honor de Javier Piña y Palacios, p. 424.

En ese sentido los autores se decantan por considerar, en un primer aspecto que “los delitos de los funcionarios –o contra la función pública– presentan momentos constitutivos comunes, entre los cuales se halla” además, la dirección de ataque a un bien jurídico unitario.¹³ En segundo lugar, se afirma “la presencia de un bien jurídico propio de los delitos de los funcionarios” que consistiría en “la confianza pública, en la no venalidad (*Unkauflichkeit*) o incorruptibilidad de los titulares de las funciones públicas y en la objetividad (*Sachlichkeit*) o imparcialidad de las decisiones del Estado, como presupuesto del correcto funcionamiento de la Administración.”¹⁴

En resumen, se afirma que “tal bien jurídico es la confianza de la colectividad en la integridad del aparato administrativo”.¹⁵

Para no crear falsas expectativas en la sociedad respecto de estas decisiones legislativas, es necesario analizar que una ley que no sea acompañada de programas sociales para su mejor aplicación puede resultar de menor trascendencia que la esperada. Además, que el mismo derecho penal, ha tenido y tiene un papel realmente modesto en la lucha contra la actividad antisocial cualquiera que sea, pues interviene solamente cuando los otros ámbitos del orden jurídico fracasan. Con lo anterior, reiteramos también lo que hemos dicho desde que comenzamos a apasionarnos por esta ciencia, hace ya más de 45 años¹⁶ que el derecho penal es uno de los recursos de la lucha contra el delito, y que más que leyes se necesita de programas de acción social, educativa, política, económica y administrativa, como mínimo.

13 Torio López, Ángel. Ob. cit. pág.429

14 Torio López, Ángel, ídem.

15 Torio López, Ángel, íbidem.

16 Señalamos el inicio de esos estudios al comenzar a escribir en 1970 el trabajo sobre: El Estado de necesidad y El ejercicio legítimo de un derecho en el trasplante de órganos humanos.

Dicho en palabras de nuestro querido maestro y amigo Pedro R. David “Para mejorar el nivel de integridad de la administración, habrá que recurrir a mecanismos administrativos y reglamentarios de gestión y presentación de informes... Las sanciones penales pueden ayudar a lograr la honradez en la administración, solamente en una organización correctamente administrada y bien motivada.”¹⁷

El CP vigente, denomina a estos delitos, enclavados ahora en el mismo merced al Decreto 31-2012, como delitos de corrupción, Delitos contra la Administración Pública, pues salvo los tipos delictivos que se encuentran en los artículos 274 “A” y 274 “F” del CP, los demás atentan contra la Administración. Tanto la administración pública en general, como la administración de justicia. Atentan contra el funcionamiento del Estado mismo, partiendo del concepto relativo a que los funcionarios tienen un cúmulo de deberes jurídicos que los obligan a un correcto ejercicio de la función pública. Deberes dentro de los que destaca una conducta ejemplar en los campos de la ética y la probidad, al extremo que ciertas infracciones a la ley de probidad, se han establecido con la vigencia del Decreto 31-2012 propiamente como actos delictivos.

17 David, Pedro. R.; La corrupción y los efectos preventivos de la sanción penal, en. Globalización, prevención del delito y justicia penal, p. 392

CAPÍTULO III

El procedimiento

Para la determinación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos, el régimen procesal se encuentra establecido en el Código Procesal Penal. Cuando se trata de servidores que no gozan de antejuicio, el Ministerio Público debe actuar de inmediato como lo determina el Art. 297 de dicho código al tener conocimiento de estos delitos, siguiéndose el procedimiento correspondiente.

En los casos de los servidores que tengan inmunidad por razón de disposición específica de la CPRG o de la ley, habrá de seguirse previamente el antejuicio, conforme lo dispone el Art. 293 del Código Procesal Penal, la CPRG, leyes especiales y la Ley en Materia de Antejuicio Decreto 85-2002 del Congreso de la República.

La Ley en Materia de Antejuicio contiene todas las disposiciones relativas a la competencia de los tribunales y el procedimiento que ha de seguirse. Dicha ley, que solo comentamos como referencia general, indica que se puede presentar denuncia ante el juez de paz o querrela ante el juez de primera instancia por cualquier persona a quien le conste la comisión de un acto o hecho delictivo por parte de un funcionario público o dignatario. Nos interesa lo relativo a la denominación de funcionario público. Señalar que la denuncia o querrela se presenta por la persona a quien le conste la comisión del hecho delictivo, y no simplemente por razones espurias, políticas o ilegítimas. En este punto

debe hacerse énfasis en que parece muy determinante la ley en cuanto a quién ha de presentar la denuncia o querrela (Art. 4).

El juez de conocimiento de la denuncia o querrela contra un funcionario público, en un plazo no mayor de tres días remite el expediente a la Corte Suprema de Justicia para que dentro de los tres días hábiles siguientes a su recepción lo traslade al órgano que debe conocer del asunto (Arts. 13 y 17).

El tribunal u órgano competente para conocer integra la comisión pesquisidora o designa al juez pesquisidor según corresponda. La ley a que nos referimos otorga, en algunos casos, competencia al Congreso de la República (Art. 13), en otros a la Corte Suprema de Justicia (Art. 14) y en otros a las Salas de Apelaciones (Art. 15).

También resulta interesante destacar que cuando el Congreso de la República, se encuentra en receso, se reunirá en sesiones extraordinarias por convocatoria de la Comisión Permanente conforme lo determina el Art. 158 CPRG: “es a esta Comisión a la que corresponde el trámite de los antejuicios en dicho período.”

CAPÍTULO IV

Aspectos generales del Decreto 31-2012

El Decreto 31-2012, cuya emisión pudo ser aprovechada para dar un mejor orden y contenido al relacionado título XIII del Código Penal, será analizado a través de las disposiciones de carácter general y tipos de imputación que contiene. En este apartado nos referimos a los aspectos de carácter general que contiene la ley contra la corrupción, siendo siguientes:

a) Consideraciones del legislador:

El legislador al emitir el Decreto 31-2012, ha insertado en sus consideraciones, en algunos casos y motivos que tuvo para hacerlo.

Análisis de las expresiones legales denominadas “considerando”: En primer término el legislador ha transcrito al inicio del Decreto 31-2012 el contenido total de los artículos 1 y 2 de la Constitución Política, sin referencia con el contenido de la ley ni explicación alguna en relación con la misma. Pero más adelante en el segundo considerando hay una referencia a tales artículos al expresar que las diversas formas de corrupción de los funcionarios es “uno de los elementos fundamentales” que impiden la materialización de los principios constitucionales relacionados.

De ello se puede colegir que para esta ley, la materialización de los principios constitucionales que se refieren a la protección a la persona y a los deberes del

Estado, es impedida como elemento fundamental, por las diversas formas de corrupción. Entiende el legislador que el correcto funcionamiento de la función pública contribuye al desarrollo del Estado de Guatemala, así como a la credibilidad y legitimidad del mismo.

Por ello, concluye el legislador (considerando cuarto) que para contribuir a la realización de los fines del Estado, es necesario adecuar la legislación penal guatemalteca en materia de corrupción al “contexto de la falta de efectividad del Estado para perseguir dichos delitos”, o sea que el legislador quiso poner al día la legislación en materia de corrupción porque el Estado carece de efectividad para perseguir tales delitos. Como se dijo al principio, se desaprovecha la oportunidad para mencionar que es necesario poner al día tal legislación en esta materia, por ser tales actos atentatorios contra el Estado, no solo el guatemalteco, sino cualquier Estado. Además por existir otros tipos delictivos provenientes de la legislación internacional cuya acogida cabe, como en realidad se hizo, al extraerlos de las disposiciones mencionadas tal como la Convención de las NN UU contra la corrupción, cuya lectura es fuente obligada, no obstante que el legislador no lo menciona.

b) Reforma de artículos de la parte general del Código Penal (CP)

La Ley contra la Corrupción tiene influencia tanto en la parte general del Código Penal, como en la parte especial propiamente con la introducción de algunos nuevos delitos y la reforma de otros ya existentes. Los artículos nuevos y modificados son comentados en los siguientes párrafos.

b.1. Adición de un párrafo final al artículo 28 CP.

El párrafo final del art. 28 CP ahora vigente por medio de la reforma provocada por la Ley contra la Corrupción establece: “Los funcionarios o empleados públicos que abusando del cargo del que están investidos, cometieren cualquier delito, serán sancionados con la pena correspondiente al delito cometido, aumentada en una cuarta parte.”

Evidentemente el párrafo final agregado al artículo 28 del CP, se refiere a la actuación de los funcionarios o empleados públicos en cualquier otro delito que no sea de los relacionados en la ley contra la corrupción, pero que lo hagan “abusando del cargo de que están investidos”. Deberá tenerse en cuenta entonces, al tenor del precepto mencionado, que la agravante se establece para los casos en que el funcionario o empleado abusando del cargo cometa algún otro delito, cualquiera que sea, se refiera o no a los contenidos en la Ley contra la Corrupción.

b.2. El artículo 38 del CP ha sido reformado agregándose al primer párrafo, que queda igual, los seis párrafos siguientes:

“Las personas jurídicas serán responsables en todos los casos en donde, con su autorización o anuencia, participen sus directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas, además, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando se comete el hecho delictivo por la omisión de control o supervisión y las resultas le son favorables.
- b) Cuando se comete el hecho delictivo por decisión del órgano decisor.

En todos los delitos donde las personas jurídicas resulten responsables y no se tenga señalada alguna pena, se impondrá multa desde diez mil dólares (US\$10,000.00) hasta seiscientos veinticinco mil Dólares de los Estados Unidos de América (US\$625,000.00) o su equivalente en moneda nacional.

La multa será determinada de acuerdo a la capacidad económica de la persona jurídica y se fijará teniendo en cuenta las circunstancias en que se cometió el delito.

En caso de reincidencia, se ordenará la cancelación definitiva de su personalidad jurídica.”

Nuestro comentario, aun siendo de carácter dogmático no puede dejar de observar la pobreza lingüística del redactor legal especialmente en el párrafo correspondiente a la literal b (“decisión del órgano decisor), y que también se incluyen “órganos decisores”, sin que se haga alusión a ellos en el primer párrafo. En el párrafo b) se hace alusión a órganos de control y supervisión, no mencionados concretamente en el primer párrafo, que no fue reformado, por lo que a nuestro entender deberá acudir el intérprete a la frase: funcionarios o empleados de ellas, para abarcar dichos órganos.

Por lo anterior, se ha criticado esta parte de la reforma, por aludir a una pluralidad de partícipes: órganos de decisión, de control, de supervisión, gerentes, representantes, funcionarios, etc. pues su amplitud posiblemente se identifique en la práctica, mas como vaguedad, desorden y ambigüedad.

c) Adición al artículo 51 CP.

El Decreto 31-2012 adiciona el numeral 7º al artículo 51 del CP. Dicho artículo se refiere a los casos en que no se otorga la conmuta, quedando el numeral relacionado en la forma siguiente:

“7. A los condenados por los delitos contra la administración pública y la administración de justicia.” Puede entenderse entonces que la conmuta no se otorga no solo a los funcionarios públicos condenados por los delitos que se indica en la reforma, y tampoco a los demás partícipes.

d) Reforma del numeral 1) del artículo 56 CP.

La anterior redacción del numeral 1) del artículo citado, se refería a la pérdida o suspensión de los derechos políticos; la reforma en vigor establece: “la suspensión de los derechos políticos.

e) Reforma del artículo 57 CP.

En esta reforma se realiza una redefinición de la inhabilitación especial. Conforme la ley en vigor, “La inhabilitación especial consistirá según el caso:

- 1º. En la imposición de alguna o algunas de las inhabilitaciones establecidas en los distintos incisos del artículo que antecede.
- 2º. En la prohibición de ejercer una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación.

En los delitos cuyo bien jurídico protegido sea la administración pública o la administración de justicia, la inhabilitación especial será la que corresponde a los incisos segundo y tercero del artículo que antecede. Cuando se trate de personas jurídicas, la inhabilitación especial consistirá en la incapacidad para contratar con el Estado.”

f) Adición de párrafo final al artículo 58 CP.

El artículo 58 CP que se refiere a la aplicación de inhabilitación especial, tiene ahora adicionado un párrafo

final que se refiere a un período mínimo de inhabilitación especial. Indica dicho párrafo final ahora vigente: “En los delitos contra la administración pública y administración de justicia, conjuntamente con la pena principal, se impondrá la de inhabilitación absoluta o especial, la que no podrá ser inferior a cuatro años.” Es de apreciar que la reforma ahora vigente se aplica a todos los partícipes del delito.

g) Adición del numeral 6° al artículo 107 CP.

En los casos de prescripción de responsabilidad penal, se ha agregado en razón de la reforma propiciada por el Decreto 33-2012, el numeral 6° que indica: “Si el hecho fue cometido por funcionario o empleado público por los delitos que atentan contra la administración pública y administración de justicia, cuando haya transcurrido el doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena.” Con lo anterior se ha ajustado el legislador, a lo dispuesto en el artículo 155, párrafo tercero, de la Constitución Política de la República.

h) Adición del numeral 7° al artículo 108 CP.

Para determinar cuándo comienza el plazo de prescripción en los delitos contra la administración pública y de justicia, en el Decreto 33-2012 se ha adicionado el numeral 7 del artículo 108 CP, indicando: “7°. Para todos los delitos contra la administración pública y administración de justicia, desde el día en que el funcionario o empleado público cesa en el desempeño de su cargo. Esta disposición se aplica a todos los participantes en el hecho punible, sin excepción alguna.”

i) Supresión de párrafos de los artículos 214 y 215 CP.

El párrafo segundo del artículo 214 relativo al delito de coacción ha sido suprimido. Este párrafo indicaba: “Si la coacción se cometiere contra funcionario judicial para

que resuelva en determinado sentido, o deje de resolver sobre un asunto de su conocimiento, la pena a aplicar será de dos a seis años de prisión”. Igual suerte ha corrido el segundo párrafo del artículo 215 del CP relativo al delito de amenazas, que establecía: “Si la amenaza se cometiere contra funcionario judicial por razón del ejercicio de su cargo, se sancionará con prisión de dos a seis años.” Tales supresiones se han realizado en virtud de que las conductas a que se alude, se encuentran incorporadas en otros hechos ilícitos.

- j) Agravación específica para las sanciones establecidas en los artículos 217 a 219 CP.

La reforma al artículo 220 CP ha reformado especialmente el inciso 1º del relacionado artículo, indicándose ahora: “1º. Si el autor se aprovechare de su calidad de gerente, director, administrador o empleado de la dependencia, empresa o entidad respectiva.” La reforma consiste en que en la anterior regulación se mencionaba la calidad de funcionario o empleado de la dependencia. Se le ha agregado la relación de los sujetos que menciona, con el término: empresa. Los numerales 2 y 3 quedan en la misma forma, y se le ha agregado por la reforma, el numeral 4º que dice: “Si el autor fuere funcionario o empleado público”. Con lo indicado puede concluirse que la agravación es aplicable únicamente a los funcionarios que se indica.

- k) Modificación al numeral 4º de las Disposiciones generales del Código Penal.

No siendo estas las únicas disposiciones generales modificadas, nos referiremos en este apartado a las modificaciones del numeral 4 del artículo 1.

Regula la ley ahora vigente en el numeral citado que deberá entenderse “por violencia: La física y psicológica

o moral. La primera es manifestación de fuerza sobre personas o cosas; la segunda es intimidación a personas. Se entenderá que existe esta última, cuando concurriere hipnosis, narcosis o privación de razón o de sentido, ya sea que el sujeto activo provoque la situación o la aproveche.

De lo indicado señala la ley que hay solo dos clases de violencia, física y psicológica. Se desea señalar que el problema de redacción en cuanto a la segunda puede producir confusiones y dudas. Una de ellas en cuanto a si la intimidación a personas consistir además, en provocación o aprovechamiento de hipnosis, narcosis o privación de razón o de sentido, y una segunda, en cuanto a si la inexistencia en el párrafo legal del vocablo “también”, implica que la violencia psicológica sea solamente provocación o aprovechamiento de hipnosis, narcosis o privación de razón o de sentido.

CAPÍTULO V

Análisis de los delitos contenidos en el Decreto 31-2012 del Congreso de la República, Ley contra la Corrupción

Para este análisis se tomarán en cuenta, en lo que sea aplicable, las siguientes categorías y elementos: denominación del delito; artículo del CP y tipo penal; acción típica; momentos de la acción; elementos descriptivos del tipo; elementos subjetivos; el criterio de delito doloso; acogimiento *numerus clausus* de la imprudencia; sujetos de la acción; naturaleza del delito; antijuridicidad y bien jurídico protegido; causas de justificación; culpabilidad; formas mixtas de realización del tipo; punibilidad; *iter criminis*; autoría y participación; tipo agravado; tipo calificado.

“Artículo 274 “A”. Destrucción de registros informáticos.

Será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años y multa de dos mil a diez mil Quetzales, quien destruya, borre o de cualquier modo inutilice, altere o dañe registros informáticos.

Si la acción contemplada en el párrafo anterior estuviere destinada a obstaculizar una investigación o procesamiento de carácter penal, el responsable será sancionado conforme al artículo 458 Bis del presente Código.”

Análisis

Este delito fue incorporado al CP mediante el artículo 274 “A” del Decreto 33-96 del Congreso de la República. Fue reformado mediante el Decreto 31-2012, con el contenido vigente a que nos referimos en cuanto al tipo.

El tipo penal. Contenido: este tipo según la reforma de la LCC, se integra en dos partes: a) se reforma la redacción pero no el contenido del párrafo inicial. Es decir, la referencia a “quien destruya, borre o de cualquier modo inutilice, altere o dañe registros informáticos.” En este caso se trata de una conducta de destruir, borrar o alterar, inutilizar, alterar o dañar registros informáticos, conducta que queda dentro del bien jurídico: la propiedad industrial e informática y el derecho de autor, que es también en el fondo un derecho de propiedad. Punibilidad, en este caso la pena es mixta: prisión de seis meses a cuatro años y multa de dos mil a diez mil quetzales.

Se agrega, mediante la LCC un segundo párrafo.

Elementos descriptivos: En este caso la conducta del autor se refiere a la destrucción de registros informáticos, con el objeto de obstaculizar una investigación o un proceso penal, por lo que habiendo un fin específico, el criterio ordenador para la determinación del injusto ha de ser la Administración de Justicia.

Elementos subjetivos: Se trata de un delito doloso y la acción revela un dolo específico: obstaculizar la investigación o el “procesamiento” de carácter penal. No hay posibilidad de comisión por imprudencia, ya que no se indica en la reforma mencionada. El bien jurídico tutelado ha de ser la Administración de Justicia, como se dijo antes.

Sujetos: cualquier persona puede ser sujeto activo; en el caso de los funcionarios públicos, al determinarse la imposición de sanción, deberá aumentarse conforme lo dispone la reforma del artículo 28 del CP.

Punibilidad: en este caso, por ser la pena establecida en el 458 Bis, es de tres a seis años de prisión.

“Artículo 274 “F”. Uso de información. Se impondrá prisión de seis meses a dos años, y multa de dos mil a diez mil Quetzales al que, sin autorización, utilice u obtenga para sí o para otro, datos contenidos en registros informáticos, bancos de datos o archivos electrónicos.”

Análisis

Artículo y tipo penal. Este delito fue adicionado al CP, mediante el Decreto Legislativo 33-96, con el número 274 “F”. Ha sido reformado mediante el Decreto 31-2012 LCC.

Acción típica: la conducta es utilizar u obtener, para sí o para un tercero, datos de registros electrónicos que pueden ser registros informáticos, bancos de datos o archivos electrónicos. En cuanto a la utilización existen varias consideraciones, por ejemplo: algunas veces en los registros informáticos, bancos de datos o archivos expresamente, se indica la prohibición de su utilización y no hay posibilidad de obtener la información o el registro sin autorización expresa, afiliación u otras formas permitidas. En otros casos no hay indicación pero es posible la obtención directa y en otros casos se indica que es posible su utilización. Actualmente puede decirse que en el tráfico comercial electrónico solamente existen las dos primeras formas, y aunque la ley no es expresa, aparentemente la norma se refiere a los casos en que está prohibido en forma pública la utilización u obtención.

Elementos subjetivos. Se trata de un delito de carácter doloso.

Sujetos: cualquier particular puede ser sujeto activo del delito. La reforma no hace alusión a la participación de funcionarios públicos en este delito. En ese orden, podemos apreciar que la reforma indicada tiene poca o ninguna influencia en relación con los hechos de corrupción a que se refiere este ensayo.

El bien jurídico tutelado, ha de ser la propiedad o el derecho de autor del sujeto pasivo, a quien le corresponda el registro, banco o archivo electrónico.

Punibilidad: pena mixta de prisión y multa; la primera de seis meses a dos años y la última de dos a diez mil quetzales.

“Artículo 418. Abuso de autoridad. Comete delito de abuso de autoridad, el funcionario o empleado público que, abusando de su cargo o de su función, ordenare, realizare o permitiere cualquier acto arbitrario o ilegal en perjuicio de la administración pública o de terceras personas, sean particulares, funcionarios o empleados públicos, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones de este Código. El responsable de este delito será sancionado con pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación especial.

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

Análisis

La conducta, como puede apreciarse tiene una estructura compleja, porque el comportamiento típico abarca varios momentos de la acción. A saber:

a) Abusando del cargo o de la función. Conforme la connotación gramatical¹⁸ con la expresión: abuso,

18 Que debe atenderse conforme establece el art. 11 de la LOJ.

estaremos ante el mal uso del cargo o de la función. La esencia de este elemento radica en el mal uso que se dé al cargo o función que desempeña el activo. El abuso debe manifestarse a través de un acto concreto del activo, quien usa mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente el cargo o la función.¹⁹

“En Derecho por abuso se entiende el mal uso o empleo arbitrario de la autoridad, la acción despótica de un poder, la consecuencia exagerada de un principio, el goce inmoderado de la propiedad o posesión; en definitiva, todo acto que, saliendo fuera de los límites impuestos por la razón, la justicia, ataque en forma directa o indirecta las leyes o el interés general.”²⁰

- b) El acto arbitrario ha de efectuarse ordenando, realizando o permitiendo cualquier acto arbitrario o ilegal.
- c) Dicho acto no debe hallarse especialmente previsto en el CP, de lo contrario puede tratarse del hecho previsto.
- d) El acto abusivo ha de realizarse en perjuicio de la administración pública, o terceras personas, pudiendo ser estas últimas, particulares, funcionarios o empleados públicos.
- e) También se considera una conducta de abuso de autoridad, el uso de apremios ilegítimos o innecesarios por la autoridad.

Sujetos de la acción:

Sujeto activo: el tipo establece un sujeto activo específico: el funcionario o empleado público. Debe tomarse en cuenta que por medio de la reforma contenida en el Dto. 31-2012, en vigencia desde el 30 de noviembre de

¹⁹ Diccionario de la RAE.

²⁰ Cabanellas de Torre, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental.

2012, de acuerdo con el artículo I, numeral 2º de las Disposiciones Generales del CP, solo hay referencia a lo que debe entenderse por funcionario público.

Sujeto pasivo: la persona sobre la que recae la acción abusiva de la autoridad, pudiendo ser la administración pública o tercera persona.

Bien Jurídico Protegido: es la Administración Pública; se ha de afectar la Administración Pública y causarle perjuicio o bien causarlo a terceras personas, pero que con dicho perjuicio se afecte la administración pública.

Punibilidad: Se determina una pena principal consistente en prisión de 3 a 6 años y la pena accesoria de imposición de inhabilitación especial, según los casos a que se refiere el art. 57 del CP reformado en tal sentido por el Decreto 31-2012.

“Artículo 419. Incumplimiento de deberes. Comete delito de incumplimiento de deberes, el funcionario o empleado público que omitiere, rehusare o retardare realizar algún acto propio de su función o cargo. El responsable de este delito será sancionado con pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación especial.”

Análisis

Tipo y acción típica. El tipo del delito de incumplimiento de deberes dispone: “Comete delito de incumplimiento de deberes, el funcionario o empleado público que omitiere, rehusare o retardare realizar algún acto propio de su función o cargo.”

La conducta descrita, por abarcar varios momentos, es también de estructura compleja, por una parte omitir, por otra, rehusar y por otra retardar algún acto propio de la función o cargo. Tales elementos son introducidos al CP

mediante una ley alternativa, que exige un sujeto activo común: funcionario público.

Momentos de la acción:

- a) Omitir algún acto propio de la función o cargo. La esencia de este elemento radica en abstenerse (el funcionario) de efectuar un acto que tenía el deber legal de realizar.²¹ El hecho se consuma al abstenerse el funcionario de realizar un acto propio de su función o cargo; con la expresión: acto propio, la ley se refiere a un acto inherente al cargo, o que se encuentra descrito dentro de sus obligaciones legales, que pueden surgir del contrato o de la ley relativa a la función especial de que se trate.
- b) Rehusar algún acto propio de la función o cargo. En este caso se trata de una acción positiva; rehusar implica “no querer o no aceptar algo”²². Debe quedar claro que lo que se rehúsa es un acto propio de la función o cargo.
- c) Retardar un acto propio de la función o cargo. Aquí el acto se realiza pero difiriéndolo, entorpeciendo con ello el acto y consecuentemente la función o cargo.

Aspecto subjetivo del tipo: por la forma de realización, es evidente que es un tipo que en su aspecto subjetivo solamente admite la forma dolosa.

Para el análisis del bien jurídico protegido nos remitimos a lo expresado en los delitos precedentes.

Punibilidad. Se establece una pena principal de prisión de tres a seis años, y una accesoria de inhabilitación especial.

²¹ Art. 18 CP

²² Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española.

“Artículo 419 Bis. Incumplimiento del deber de presentar declaración jurada patrimonial. Comete el delito de incumplimiento del deber de presentar declaración jurada patrimonial, el funcionario público, empleado público o quien ejerza funciones públicas que estuviere obligado legalmente a presentar o actualizar su declaración jurada patrimonial y omitiere hacerlo transcurridos sesenta días luego de la toma de posesión, o lo hiciere sin cumplir con los requisitos previstos en la ley de la materia, será sancionado con multa, la cual corresponderá a la multiplicación del salario o sueldo mensual del responsable por los meses de atraso en la entrega de la declaratoria.”

Análisis

Este tipo penal fue agregado al CP por el Decreto 31-2012.

Tipo básico: “el funcionario público, empleado público o quien ejerza funciones públicas que estuviere obligado legalmente a presentar o actualizar su declaración jurada patrimonial y omitiere hacerlo transcurridos sesenta días luego de la toma de posesión, o lo hiciere sin cumplir con los requisitos previstos en la ley de la materia”.

Sujeto activo: el funcionario público, empleado público o quien ejerza funciones públicas que estuviere obligado a presentar o actualizar su declaración jurada patrimonial.

Momentos de la acción:

- a) Omitir la presentación de la declaración jurada patrimonial, u omitir su actualización, una vez transcurrido el plazo para hacerlo, que es de sesenta días posteriores a la toma de posesión;
- b) Presentar la declaración, pero sin cumplir los requisitos establecidos en la ley de la materia. Tales requisitos se encuentran establecidos en el artículo 23 del Decreto Legislativo 89-2002.

Sujeto activo: Las personas sujetas a la obligación de presentar declaración jurada patrimonial, las que están determinadas en el artículo 20 del Decreto 89-2002.

Tipo subjetivo: delito doloso realizado por un sujeto activo específico.

Punibilidad: Multa que “corresponderá a la multiplicación del salario o sueldo mensual del responsable por los meses de atraso en la entrega de la declaratoria.” Como puede apreciarse el tipo de multa cambia el sistema de pena relativamente indefinido a fijarse entre un mínimo y un máximo, por lo cual no puede dejar de señalarse al lector que el tipo de multa impuesto tendrá que analizarse por los intérpretes.

En primer lugar a la luz de lo establecido en los artículos 101 y 102 a) y c) de la CPRG, que establecen el primero, que el régimen laboral del país debe organizarse conforme principios de justicia social, y el segundo que establece como derecho social mínimo las condiciones económicas que garanticen al trabajador y su familia una existencia digna, y el inciso c) relacionado con que el régimen económico y social de la República se funda en principios de justicia social. En segundo lugar a la luz de los artículos 52 y 53 del CP en cuanto a la multa y la determinación de su monto.

“Artículo 419 Ter. Falsedad en declaración jurada patrimonial. Comete delito de falsedad en declaración jurada patrimonial, el funcionario público, empleado público o quien ejerza funciones públicas, que durante el ejercicio de su cargo incurra en falsedad al realizar las declaraciones juradas de bienes ante la Contraloría General de Cuentas.

La acción penal de este delito es independiente de los procesos por cuentas establecidos en la legislación ordinaria vigente.

El responsable de este delito será sancionado con prisión de dos a seis años, multa de veinticinco mil a doscientos mil Quetzales e inhabilitación especial.”

Análisis

Tipo delictivo: siendo un tipo derivado del tipo básico establecido en el 419 Bis, cuyo comportamiento consiste en “incurrir en falsedad al realizar las declaraciones juradas de bienes ante la Contraloría General de Cuentas”. Puede apreciarse una variante en cuanto a la redacción del tipo; ya que en el epígrafe hay referencia a la falsedad en la declaración jurada patrimonial, y en texto del artículo la referencia es a las “declaraciones juradas de bienes ante la Contraloría General de Cuentas”, lo que puede implicar otras declaraciones de bienes, además de la específica relacionada en el 419 Bis.

Acción típica. La acción se verifica al realizar las declaraciones juradas, en las que se expresa falsamente el declarante. También es importante en cuanto a la acción, el párrafo segundo de este artículo que se refiere a que la acción penal, “es independiente de los procesos por cuentas establecidos en la legislación ordinaria vigente.” Aunque el precepto no aclara si son procesos por cuentas de tipo general, es posible colegir que se trata de los procesos de Cuentas de la Contraloría General de la Nación. La forma de redacción, hace surgir la duda en cuanto a los resultados de estos últimos y su punibilidad.

Tipo subjetivo: por la forma de la acción, se aprecia que este hecho solamente puede ser cometido en forma dolosa.

Punibilidad: Contiene una pena principal mixta y una accesoria. La pena principal de prisión y de multa. La

prisión de dos a seis años y la multa de veinticinco mil a doscientos mil quetzales. Pena accesoria: inhabilitación especial.

“Artículo 420. Desobediencia. Comete delito de desobediencia, el funcionario o empleado público que se negare a dar el debido cumplimiento a sentencias, resoluciones u órdenes de autoridad superior dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestida de las formalidades legales. El responsable de este delito será sancionado con pena de prisión de uno a tres años, multa de cinco mil a veinte mil Quetzales e inhabilitación especial.”

Análisis

El tipo básico de desobediencia de los funcionarios o empleados públicos se encuentra descrito, por lo dispuesto en la reforma propiciada por el Decreto 31-2012 en la siguiente forma: “el funcionario o empleado público que se negare a dar el debido cumplimiento a sentencias, resoluciones u órdenes de autoridad superior dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestida de las formalidades legales.”

Momentos de la acción: Consiste la conducta en negarse a dar el debido cumplimiento a sentencias, resoluciones u órdenes de autoridad superior. Las órdenes de la autoridad superior que no se cumplen por el obligado deben ser concretamente: sentencias, resoluciones u órdenes en general, las que deben tener la característica de haber sido dictadas dentro de los límites de la competencia de quien las emite, pero también agrega la ley, que tales sentencias, resoluciones u órdenes deben estar revestidas de las formalidades legales.

Aspecto subjetivo: Se trata de un tipo doloso. El hecho debe ser cometido por un sujeto activo específico: funcionario o empleado público.

Punibilidad: Pena mixta: prisión de uno a tres años, multa de cinco mil a veinte mil quetzales. Pena accesoria: inhabilitación especial.

“Artículo 422. Revelación de secretos. Comete delito de revelación de secretos, el funcionario o empleado público que revele o facilite la revelación de hechos, actuaciones o documentos de los que tenga conocimiento por razón del cargo y que por disposición de la ley deben permanecer en secreto. El responsable de este delito será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de cinco mil a veinte mil Quetzales e inhabilitación especial.”

Análisis

El tipo queda así: “...el funcionario o empleado público que revele o facilite la revelación de hechos, actuaciones o documentos de los que tenga conocimiento por razón del cargo y que por disposición de la ley deben permanecer en secreto.”

Momentos de la acción: La conducta objetiva consiste en revelar o facilitar la revelación de hechos, actuaciones o documentos que por disposición de la ley deben permanecer en secreto; tales hechos, actuaciones o documentos deben ser de conocimiento del sujeto activo (funcionario o empleado público) por razón del cargo que desempeña.

Punibilidad: Pena Mixta de prisión de uno a tres años y multa de cinco mil a veinte mil quetzales, pena accesoria: inhabilitación especial.

“Artículo 432. Nombramientos ilegales. Comete delito de nombramientos ilegales, el funcionario o empleado público que, a sabiendas, nombrare para cargo o empleo público a persona en quien no concurren los requisitos que la ley

exija. El responsable de este delito será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años y multa de diez mil a veinticinco mil Quetzales.

Igual sanción se impondrá a quien nombrare a persona que reúna los requisitos legales para el cargo, pero intencionalmente omita o altere los procedimientos legales o reglamentariamente establecidos.

Si la persona nombrada es pariente dentro de los grados de ley del autor del delito, la pena se aumentará en una tercera parte y se impondrá inhabilitación especial.”

Análisis

El tipo de este delito sería: “El funcionario o empleado público que, a sabiendas, nombrare para cargo o empleo público a persona en quien no concurren los requisitos que la ley exija.”

Momentos de la acción: La conducta consiste en nombrar para cargo o empleo público a una persona en quien no concurren los requisitos legales, conociendo el funcionario resignante la carencia de requisitos en el nombrado. De acuerdo con el párrafo segundo del artículo que se comenta, también incurre en la infracción punible señalada, quien nombra a persona que reúne los requisitos legales, pero intencionalmente omite o altera los procedimientos legales o reglamentariamente establecidos para realizar el nombramiento.

Aspecto subjetivo: De acuerdo con el texto legal, es un tipo doloso.

Punibilidad: La reforma establecida, señala para este hecho, prisión de seis meses a dos años y multa de diez mil a veinticinco mil quetzales.

Agravante específica de la pena: La pena se aumenta en una tercera parte y se impone inhabilitación especial en

caso de ser la persona nombrada pariente dentro de los grados de ley del autor del delito.

“Artículo 433. Usurpación de atribuciones. Comete delito de usurpación de atribuciones, el funcionario o empleado público que, a sabiendas, se arrogare facultades que no correspondieren a su cargo o atribuciones que no le competan. El responsable de este delito será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de diez mil a veinticinco mil Quetzales.”

Análisis

El tipo expresa: “...el funcionario o empleado público que, a sabiendas, se arrogare facultades que no correspondieren a su cargo o atribuciones que no le competan...”

Momentos de la acción: la conducta puede realizarse en dos formas: arrogarse el funcionario facultades a sabiendas que no corresponden al cargo que desempeña, o bien arrogarse atribuciones que no le competan también a sabiendas de que carece de competencia.

Punibilidad: Pena de prisión de seis meses a dos años y multa de diez mil a veinticinco mil quetzales.

“Artículo 439. Cohecho pasivo. Comete delito de cohecho pasivo, el funcionario público, empleado público o quien ejerza funciones públicas, que solicite o acepte, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, a título de favor, dádiva, presente, promesa, ventaja o por cualquier otro concepto, para sí mismo o para otra persona, para realizar, ordenar, retardar u omitir un acto propio de su cargo.

El responsable de este delito será sancionado con prisión de cinco a diez años, multa de cincuenta mil a quinientos mil

Quetzales e inhabilitación especial, sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido.

Cuando el funcionario o empleado público obligare al favor, dádiva, presente, promesa o ventaja, la pena se aumentará en una tercera parte.

Las personas que denuncien los actos mencionados en este artículo, serán protegidas por las autoridades correspondientes, de conformidad con la legislación vigente.”

Análisis

Tipo. Con anterioridad el Decreto 38-2000 había reformado este artículo para incrementar la pena; el Decreto 31-2012 lo ha reformado en su totalidad, quedando la disposición legal en lo atinente, en la siguiente forma: “...el funcionario público, empleado público o quien ejerza funciones públicas, que solicite o acepte, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, a título de favor, dádiva, presente, promesa, ventaja o por cualquier otro concepto, para sí mismo o para otra persona, para realizar, ordenar, retardar u omitir un acto propio de su cargo.”

Acción típica: es una conducta de carácter complejo por abarcar varios momentos que básicamente son: por una parte solicite el objeto descrito en la ley y con el fin establecido; por la otra que acepte, o bien como con mayor claridad indicaba la versión derogada: que “reciba” tales objetos.

Momentos de la acción:

- a) Que el sujeto activo “solicite” equivale a que “pida” los objetos o beneficios relacionados, ya sea para sí mismo o para otra persona. La esencia de este elemento está

constituida por la acción de pedir el objeto de valor pecuniario o el beneficio;

- b) Que el sujeto acepte directa o indirectamente el objeto delictivo. En este caso el vocablo aceptar, tiene la connotación de recibir voluntariamente el objeto. Para alcanzar relevancia típica, la realización del acto de recibir, no necesita previo requerimiento ni un movimiento físico.

Sujetos. El sujeto activo es específico: un funcionario o empleado público o quien ejerza funciones públicas.

Objeto de la acción. La acción debe recaer en un objeto de valor pecuniario, es decir perseguir un objetivo de valor pecuniario (valorable en dinero en efectivo)²³. Ha de ser entregado al funcionario a título de favor, dádiva, presente, promesa, ventaja o por cualquier concepto, esta última expresión deberá entenderse con un carácter amplio. Es decir: cualquier concepto de la entrega si se trata de que el funcionario, realice, ordene, retarde, u omita un acto propio de su cargo.

Tipo subjetivo. Se trata de un delito doloso, ya que deben concurrir los elementos propios del dolo: el conocimiento y la voluntad del sujeto activo de realizar los momentos de la acción típica.

El móvil. Es el interés de obtener, ilegítimamente, un objeto estimable de manera pecuniaria.

Bien Jurídico tutelado. La determinación del injusto típico tiene por objeto la protección de la Administración Pública.

Punibilidad. Pena principal mixta: Prisión de cinco a diez años y multa de cincuenta a mil quinientos quetzales, pena

²³ Pecuniario /a, perteneciente o relativo al dinero efectivo. Diccionario de la Lengua Española.

accesoria: inhabilitación especial. En este caso como en los anteriores en que se determina tal pena, la ley no alude al tiempo de la inhabilitación, lo cual debió hacer el legislador porque el artículo 58 del CP en su fracción final establece que no puede ser inferior a cuatro años.

Agravación de la pena: la pena impuesta en sentencia se aumentará en una tercera parte si el funcionario o empleado obliga al partícipe a realizar el hecho.

Consecuencia procesal: las personas que denuncien los actos mencionados en este artículo, serán protegidas por las autoridades correspondientes de conformidad con la legislación vigente.

“Artículo 442. Cohecho activo. Comete delito de cohecho activo, cualquier persona que ofrezca o entregue a un funcionario público, empleado público o quien ejerza funciones públicas, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, a título de favor, dádiva, presente, promesa, ventaja o por cualquier otro concepto, para sí mismo o para otra persona, para que realice, ordene, retarde u omita un acto propio de su cargo.

El responsable de este delito será sancionado con prisión de cinco a diez años, multa de cincuenta mil a quinientos mil Quetzales e inhabilitación especial, sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido.”

Análisis

Tipo básico, este delito lo comete “cualquier persona que ofrezca o entregue a un funcionario público, empleado público o quien ejerza funciones públicas, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, a título de favor, dádiva, presente, promesa, ventaja o por cualquier otro concepto, para

sí mismo o para otra persona, para que realice, ordene, retarde u omita un acto propio de su cargo.”

Acción típica. El comportamiento típico tiene una estructura compleja por poder abarcar dos situaciones o momentos: una, que el sujeto simplemente ofrezca un beneficio pecuniario al funcionario, empleado o quien ejerza funciones públicas; la otra: que el sujeto activo entregue realmente el objeto o beneficio.

Momentos de la acción:

- a) El hecho constituido simplemente por ofrecer el beneficio, ya sea directa o indirectamente;
- b) Alternativamente puede el sujeto entregar el beneficio pecuniario u objeto. Se trata de un delito instantáneo porque se consuma con la sola acción de ofrecer o la alternativa de entregar el objeto.

Sujetos: Sujeto activo puede ser cualquier persona que realice la acción delictiva.

Punibilidad: La pena es mixta: prisión de cinco a diez años, multa de cincuenta mil a quinientos mil quetzales, pena accesoria de inhabilitación especial en los casos en que proceda.

“Artículo 442 Bis. Cohecho activo transnacional.

Comete delito de cohecho activo transnacional cualquier persona que ofrezca o entregue a un funcionario o empleado público de otro Estado u organización internacional, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, a título de favor, dádiva, presente, promesa, ventaja o por cualquier otro concepto, para sí mismo o para otra persona, para que realice, ordene, retarde u omita un acto propio de su cargo.

El responsable será sancionado con prisión de cinco a diez años y multa de cincuenta mil a quinientos mil Quetzales.”

Análisis

Tipo básico. El tipo básico de cohecho activo transnacional fue introducido en nuestra legislación penal por disposición establecida en el Decreto 11-2006 y ha sido reformado por el Decreto 31-2012.

El delito se encuentra descrito en la siguiente forma: lo comete, “cualquier persona que ofrezca o entregue a un funcionario o empleado público de otro Estado u organización internacional, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, a título de favor, dádiva, presente, promesa, ventaja o por cualquier otro concepto para sí mismo para otra persona, para que realice, ordene, retarde u omita un acto propio de su cargo.”

Acción típica. La conducta típica se refleja del cohecho activo genérico, salvo que el funcionario o empleado público a quien se ofrece o entrega el objeto pertenece a otro Estado u organización internacional, por lo cual los elementos son los mismos a los que nos hemos referido para dicho delito.

Momentos de la acción. Los momentos o circunstancias de “ofrecer” y “entregar”, se realizan mediante una conducta activa. Nuestro comentario es que el título por el cual se hará la entrega u ofrecimiento, tiene en la redacción legal, a nuestro entender varios problemas que pudieran ocasionar alguna confusión. Uno de los cuales, es que se haga a título de favor, dádiva, presente, promesa, ventaja, etc. y al hacer referencia a dádiva y presente, se hace referencia dos palabras sinónimas; otro problema un tanto más relevante es que la acción se realiza mediante ofrecer (“cualquier persona que ofrezca”) cualquier objeto de valor pecuniario, a título de “favor, dádiva, presente, promesa...”, en concreto:

ofrecer a título de promesa, resulta ser una tautología que posiblemente la jurisprudencia pueda aclarar.

Sujeto activo: puede ser cualquier persona que realiza la conducta típica.

Bien Jurídico Tutelado. Es evidente que con este tipo, la ley trata de prevenir un acto transnacional punible, ya que la dádiva debe hacerse a un funcionario público de otro Estado, en primer lugar, o bien de una organización internacional. Razón por lo cual se está tutelando la administración de otro estado o la de la organización, debiéndose señalar por nuestra parte que los caracteres de la prevención contra el crimen internacional son de carácter especial.

Punibilidad. Pena mixta, prisión de cinco a diez años y multa de cincuenta mil a quinientos mil quetzales. Debe señalarse que estamos ante una excepción a la aplicación de la pena accesoria (inhabilitación) que aparece en los otros casos de los delitos creados y reformados por la Ley contra la corrupción.

“Artículo 442 Ter. Cohecho pasivo transnacional. Comete delito de cohecho pasivo transnacional, el funcionario o empleado público de otro Estado u organización internacional, que solicite o acepte, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, a título de favor, dádiva, presente, promesa, ventaja o cualquier otro concepto, para sí mismo o para otra persona, para realizar, ordenar u omitir un acto propio de su cargo.

El responsable será sancionado con prisión de cinco a diez años y multa de cincuenta mil a quinientos mil Quetzales.”

Análisis

Tipo. Esta modalidad de los delitos de cohecho se ha adicionado al CP. El artículo 442 Ter dispone que comete

este delito: “el funcionario o empleado público de otro Estado u organización internacional, que solicite, o acepte, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, a título de favor, dádiva, presente, promesa, ventaja o cualquier otro concepto, para sí mismo o para otra persona, para realizar, ordenar u omitir un acto propio de su cargo.”

Como se ha dicho antes, en este caso, se trata de un tipo complejo pues su realización corresponde a la alternativa de solicitar o aceptar el objeto de valor pecuniario u otro beneficio.

Sujeto activo: El funcionario empleado público de otro Estado o bien el funcionario o empleado de una organización internacional. Para lo anterior y por la experiencia en estos casos, es preciso tener en cuenta:

- a) Que los funcionarios extranjeros a los que se imputen tales hechos se encuentren en Guatemala;
- b) Casos en que los Estados cuyos funcionarios realizan actos en otros Estados, en forma previa celebran convenios con Guatemala en los que se aprecia alguna protección hacia los mismos, respecto de la legislación de los países en donde se cumplen tales funciones;
- c) Los que se acojan a convenios internacionales de inmunidad;
- d) Los casos en que los imputados no se encuentren en el país y no exista tratado de extradición con el país de origen de tales imputados.

Punibilidad: prisión de cinco a diez años, multa de diez mil a cincuenta mil quetzales e inhabilitación especial; esta pena accesoria parece incoherente en relación con la naturaleza de extranjero del sujeto activo.

“Artículo 444. Exención especial de responsabilidad. En los casos de delitos de cohecho que vulneren el régimen tributario, quedará eximida de responsabilidad penal la persona que denuncie o coadyuve a la obtención de los elementos probatorios de la comisión del delito.”

Análisis

Exención para los autores de delitos de cohecho que vulneren el régimen tributario.

El artículo 444 del CP contiene una excusa absoluta de pena específica en los casos de delitos de cohecho. La exención se refiere a dos clases de conducta que eximen de pena en los delitos de cohecho, siendo ellas de carácter procesal:

- a) Denunciar el hecho;
- b) Coadyuvar a la obtención de los elementos probatorios de la comisión del delito.

En otras legislaciones contemporáneas, tal excusa funciona para todos los delitos contra la administración pública.

La nueva regulación de los delitos de peculado.

La conducta general, históricamente se ha referido a la administración desleal del funcionario público, consistente dicha acción desleal, en que el mismo sustrae los bienes que administra o tiene a su cargo en razón de sus funciones. A partir del derecho romano la figura delictiva evolucionó desde ser primero un delito de carácter religioso, hasta llegar en la actualidad a considerar autores del delito a quienes teniendo a su cargo cualquier clase de efectos o fondos públicos se los apropiaran o malversaran.²⁴

²⁴ Cfr. De Mata Vela, José Francisco, De León Velasco, Héctor Aníbal; Derecho Penal Guatemalteco, págs. 673 y ss.

En la regulación vigente, aparece el primer delito de peculado con la denominación Peculado por sustracción, el segundo como peculado por uso, y en el tercero aparece la forma imprudente de comisión, que ya existía en la legislación nacional.

“Artículo 445. Peculado por sustracción. 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. El responsable de este delito será sancionado con prisión de cinco a diez años, multa de diez mil a cincuenta mil Quetzales e inhabilitación especial.

Si el dinero, efectos o bienes estuviesen destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena será aumentada en dos terceras partes.”

Análisis

Tipo. El tipo básico del delito aparece descrito en el artículo 445, que dispone: “Comete delito de peculado por sustracción, el funcionario o empleado público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga dinero, efecto o bienes que custodie, perciba, administre o guarde por razón de sus funciones.”

Conducta típica: es un delito de estructura compleja porque la conducta puede realizarse en forma activa (sustraer) o bien por omisión (consintiendo que otro sustraiga), los efectos que custodie, perciba, administre o guarde. Los elementos son introducidos por una ley de naturaleza mixta y alternativa, porque los momentos de la acción pueden consistir en sustraer o en consentir que otro lo haga.

Momentos de la acción:

- a) Sustraer, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, este vocablo tiene varias connotaciones, siendo ellas: separar, apartar, quitar o hurtar. La esencia de este elemento, sustraer, consiste en llevarse el dinero, efectos o bienes que el funcionario tiene a su cargo, separándolos del dominio de la administración con el objeto de apropiárselos, en caso del dinero o en su propio beneficio, como los demás casos, con lo cual el vocablo sustraer se asimila aquí a un hurto cometido personalmente por el empleado público, respecto de los bienes o efectos que administra;
- b) Permitir o consentir que otro realice la sustracción, que otro se los apropie, de acuerdo con la primera acepción del Diccionario citado, que indica que consentir es: permitir una cosa, lo cual supone que el funcionario o empleado público tiene conocimiento del acto de sustracción. La acción se configura con el conocimiento de que un tercero realizó la sustracción, sin tomar las medidas para recuperar el bien o sin denunciar el hecho; no hay referencia especial en el tipo, a que se requiera concierto entre el autor material y el funcionario que consiente, ni favorecimiento del hecho o connivencia para el acto.

En esta forma de acción es aplicable el artículo 18 CP, ya que la imputación ha de radicar en la falla al impedir que otro sustraiga el dinero, los efectos o bienes que el funcionario o empleado custodie, perciba, administre o guarde por razón de sus funciones.

Bien Jurídico Tutelado. La expresión: “por razón de sus funciones”, en virtud de la importancia actual del bien jurídico tutelado, la función pública o la administración pública, puede entenderse tanto en sentido estricto como

en sentido amplio. En el primero, puede entenderse que el funcionario o empleado público a que se refiere el tipo, tiene competencia específica sobre los bienes, dinero o efectos, por encontrarse dentro de la esfera de las atribuciones propias del cargo que desempeña. *Latu sensu* puede entenderse que es suficiente que los bienes hayan llegado a poder del funcionario con ocasión de sus funciones, independientemente de la competencia que las normas respectivas adjudiquen al departamento u oficina a que pertenezcan. En este último caso nuestra estimación es que, será suficiente que el dinero, efectos o bienes hayan llegado al dominio del funcionario o empleado con ocasión de las funciones que realice como elemento de un organismo o institución pública.

Móvil. El objeto de la acción ha de ser la sustracción del dinero, efectos o bienes, sabiendo que están a su cargo en el sentido estricto o amplio a que nos hemos referido, con ocasión de sus funciones. Es decir, que ha de tenerlos a su cuidado o a su disposición especial en razón de sus funciones. En consecuencia: se exige “una efectiva facultad decisoria o detentación material de los relacionados bienes que puede traducirse en una efectiva disponibilidad material.”²⁵

Es importante también, determinar el momento en que los bienes, efectos o dinero son incorporados a la administración pública. Estimamos que, para mejor protección del bien jurídico dicho momento ha de ser el de la recepción del bien por el funcionario de que se trata, independientemente de que haya quedado formalmente registrado. Es decir, la determinación de la incorporación de los bienes por el destino que tienen, pues en la práctica algunos bienes son llevados primero a los funcionarios y luego se procede a su registro; este concepto puede ser

25 DE Mata V. J. F.; De León V.; H. A. ob. Cit. pág.675.

una respuesta a la corrupción de las administraciones contemporáneas.

Sujeto activo: el funcionario que realiza la conducta descrita en el tipo. Sin embargo, es importante hacer notar que la frase “consintiere que otro sustraiga” significa que hay un tercero con carácter de partícipe punible, que puede tener según el contenido de su acción, el carácter de autor (eventualmente inductor o cooperador) o cómplice. En consecuencia, se estima que podrán ser autores tanto los mencionados como las personas que sin ser funcionarios, ejercen funciones públicas, y aún los particulares que realicen la sustracción con el consentimiento del funcionario.

Elemento subjetivo. Es indudable la naturaleza dolosa de la acción descrita en el tipo analizado, tanto en la conciencia y voluntad de sustraer, como en la voluntad puesta en consentir que otro lo haga.

Punibilidad. Prisión de cinco a diez años, multa de diez mil a cincuenta mil quetzales e inhabilitación especial.

Agravante específica de la pena: en los casos en que el dinero, efectos o bienes estuviesen destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social, la pena debe aumentarse en dos terceras partes.

Comentario de *lege ferenda*. Posiblemente pueda aprovecharse en una futura reforma, el ejemplo de algunas legislaciones en cuanto a la reparación del daño y disminuciones de pena cuando los bienes, efectos o dinero pueden recuperarse, tanto por entrega que haga el autor o mediante la intervención de la autoridad. En tales casos las penas se gradúan en proporción al valor de los efectos o bienes perdidos y los recuperados.²⁶ No

26 Cfr. Al respecto el art. 432.2 del CP español.

obstante, es posible atenuar los efectos represivos de la ley, si el intérprete, en este caso el juez, utiliza en tales casos, lo dispuesto en el artículo 65 CP en cuanto a la extensión e intensidad del daño causado.

“Artículo 445 Bis. Peculado por uso. 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. El responsable de este delito será sancionado con prisión de tres a cinco años, multa de diez mil a cincuenta mil Quetzales e inhabilitación especial.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados, cuando los bienes indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

Si los vehículos, maquinarias, y cualquier otro instrumento de trabajo, trabajos o servicios estuviesen destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena será aumentada en dos terceras partes.”

Análisis

Tipo. Este delito fue creado con esta denominación por el Decreto 31-2012, pero la disposición general se encontraba ya en el segundo párrafo del artículo 445.

Conducta típica: El artículo 445 Bis dispone: 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.”

Momentos de la acción: la conducta consiste en utilizar los efectos pertenecientes a la administración pública a que se refiere concretamente el tipo; dicha utilización puede ser:

- a) En provecho propio o de terceros;
- b) Tal utilización debe verificarse para fines distintos al servicio, que han sido establecidos en la administración pública; puede estimarse entonces que los funcionarios y empleados públicos deben utilizar los efectos a que se refiere el tipo solo para los fines establecidos en la administración pública;
- c) Los efectos señalados expresamente en el tipo deben hallarse bajo la guarda, custodia o administración del funcionario;
- d) Permitiendo que otro use tales efectos, es decir, omitiendo el deber guardar o custodiar los bienes que tiene el activo a su cargo; e) la expresión: “en provecho propio o de terceros” implica que el sujeto los utiliza para beneficiarse personalmente o beneficiar a un tercero.

Objeto del delito: los efectos sobre los que debe recaer la acción delictiva son: vehículos, maquinaria, cualquier otro equipo o instrumento de trabajo, así como trabajos o servicios destinados al cargo público que se ejerce.

Tipo subjetivo. Es un tipo doloso; pueden apreciarse los

elementos del dolo como la conciencia del autor de actuar como funcionario o empleado público y la voluntad de utilizar los objetos, trabajos o servicios, sabiendo que tales objetos son utilizados con fines distintos al servicio establecidos en la administración pública.

Bien jurídico tutelado. Se protege aquí por la ley penal en términos generales la Administración pública y en especial el patrimonio de la administración pública.

Sujetos del delito. Puede ser sujeto del delito el funcionario o empleado público en general, pero también el contratista de una obra pública o sus empleados, cuando los bienes indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública. (Párrafo segundo del artículo 445 bis)

Punibilidad. Prisión de tres a cinco años, multa de diez a cincuenta mil quetzales; pena accesoria: inhabilitación especial.

Agravación de la pena. Existe conforme la disposición legal citada, una circunstancia agravante de la pena, cuando los vehículos, maquinaria y cualquier otro instrumento de trabajo, trabajos o servicios estén destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

“Artículo 446. Peculado culposo. 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 de que tratan los artículos 445 y 445 Bis de la presente Ley. El responsable de este delito será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial.

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, aun 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.”

Análisis

Tipo. El tipo a que se refiere el artículo mencionado supra, se refiere a dos tipos de conducta:

- a) Una conducta propiamente culposa o imprudente cuando dispone: “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 de que tratan los artículos 445 y 445 Bis de la presente Ley.” En el presente caso por inobservancia del cuidado debido, a que la ley se refiere como negligencia, se produce el resultado típico que da como resultado que se realice por otra persona ajena al activo, la sustracción de dinero, efecto o bienes de la Administración, que éste tiene bajo su custodia o administración.
- b) Define este artículo, conducta típica que califica como culposa, indicando: “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, aun cuando no pertenezcan al Estado.”

Puede apreciarse que el legislador comete el error de incluir la mencionada conducta con carácter de culposa, pues la misma no llena los requisitos para ser tenida como imprudente, porque hay un elemento subjetivo en el tipo

que se encuentra en la frase: “a sabiendas, permita”, que identificar la acción como dolosa, por el conocimiento del hecho que es evidente cuando la ley indica que ha de ser “a sabiendas”. Por otra parte, existe una expresión de voluntad cuando se indica que el sujeto “permite” el hecho, lo que indica que realmente la conducta del activo es una omisión, en la que pone su conciencia y voluntad para que se realice el acto del que es garante que no ocurrirá.

Punibilidad: Prisión de uno a tres años; e inhabilitación especial.

Agravación de la pena. Se producirá una agravación de la pena cuando el dinero, efectos o bienes estén destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social. En tal caso la pena se aumentará en una tercera parte.

“Artículo 447. Malversación. Comete delito de malversación, 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. El responsable de este delito será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de veinte mil a cincuenta mil Quetzales.

Si como consecuencia de la comisión de este delito se ocasiona daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en una tercera parte.

Si los caudales, efectos o bienes estuviesen destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena se aumentará en dos terceras partes.”

Análisis

Tipo básico. El tipo básico dispone: “Comete delito de malversación, 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.”

Elementos del tipo objetivo. El primer elemento es la acción. La acción es de carácter positivo por expresar la ley: “diere...una aplicación o uso diferente de aquella a que estuvieren destinados”. La diferencia con el peculado es que los bienes no se sustraen como en aquel, sino que se invierten de manera ilícita.

Tipo subjetivo. El elemento principal o dolo, queda determinado por la conciencia de saberse funcionario y de que se administran bienes del Estado que tienen un destino específico, así como la voluntad de usarlos o aplicarlos de manera diferente a la que estén destinados legalmente.

Sujeto activo. Solamente puede serlo un funcionario o empleado público.

Punibilidad. Pena principal mixta: prisión de dos a seis años y multa de veinte mil a cincuenta mil quetzales. Aunque parece ser una regla general, la imposición de inhabilitación especial, en este caso no se impone.

Circunstancias agravantes:

- a) Si como consecuencia de la comisión del hecho se ocasiona daño o entorpecimiento al servicio, la pena se aumenta en una tercera parte;
- b) Si los caudales, efectos o bienes malversados estuvieren destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social la pena se aumentará en dos terceras partes.

“Artículo 448 Bis. Enriquecimiento ilícito. Comete delito de enriquecimiento ilícito, el funcionario, empleado

público o quien ejerza funciones públicas, y hasta cinco años después de haber cesado en el ejercicio de la función pública, que obtenga para sí mismo o para cualquier persona un beneficio patrimonial, un incremento en su nivel de gastos, cancelación de deudas u obligaciones que no correspondan al que haya podido obtener, derivado del ejercicio del cargo o de cualquier ingreso y que no pueda justificar su procedencia lícita.

El responsable de este delito será sancionado con pena de prisión de cinco a diez años, multa de cincuenta mil a quinientos mil Quetzales e inhabilitación especial.”

Análisis

Tipo básico. El tipo básico de enriquecimiento ilícito está descrito en el artículo mencionado arriba, que dispone: “comete delito de enriquecimiento ilícito, el funcionario, empleado público, o quien ejerza funciones públicas, y hasta cinco años después de haber cesado en el ejercicio de la función pública, que obtenga para sí o para cualquier persona un beneficio patrimonial, un incremento en su nivel de gastos, cancelación de deudas u obligaciones que no correspondan al que haya podido obtener derivado del ejercicio del cargo o de cualquier ingreso y que no pueda justificar su procedencia lícita.”

Momentos de la acción. Los momentos de la acción se encuentran determinados en la frases: “obtenga para sí mismo o para cualquier persona un beneficio patrimonial” así como: “un incremento en su nivel de gastos, cancelación de deudas y obligaciones”, tal beneficio patrimonial o incremento no se corresponden con el beneficio que haya podido obtener el funcionario, derivado del ejercicio normal de su cargo o de cualquier ingreso; otro momento importante es: que no pueda justificar la procedencia lícita del beneficio o ingreso.

Aspectos del tipo objetivo. Se aprecia que en el tipo objetivo se introduce un elemento que no pertenece a la conducta, identificado con la frase: “y hasta cinco años después de haber cesado en el ejercicio de la función pública”, corresponderá al intérprete analizar la incoherencia de tal frase con dos aspectos importantes de la legislación nacional:

- a) Con el artículo 155 párrafo tercero de la CPRG relativo a la extinción de la responsabilidad penal de los funcionarios y empleados públicos;
- b) Con el artículo 19 del CP, que dispone que el delito se considera realizado en el momento en que se ha ejecutado la acción.

Sujeto activo. Solo puede serlo por disposición del tipo, el funcionario, empleado público o quien ejerza funciones públicas.

Punibilidad. Las penas principales a imponer son prisión de cinco a diez años y multa de cincuenta mil a quinientos mil quetzales, con la accesoria de inhabilitación especial.

“Artículo 448 Ter. Enriquecimiento ilícito de particulares.

Comete el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, quien sin ser funcionario o empleado público, administre, ejecute o maneje recursos públicos o bienes del Estado, hasta cinco años después de haber cesado en dicha función, que obtenga para sí mismo o para cualquier persona un beneficio patrimonial, incremento en su nivel de gastos, o cancelación de deudas u obligaciones que no correspondan al que haya podido obtener derivado de su administración, ejecución o maneje u otros ingresos lícitos.

El responsable de este delito será sancionado con pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de cincuenta mil a

quinientos mil Quetzales.

En caso que el responsable de este delito sea una persona jurídica, para la imposición de la pena se aplicará lo previsto en el artículo 38 del Código Penal.”

Análisis

Tipo. Conforme la descripción del tipo legal, comete este delito, el sujeto activo (al que nos referimos más adelante), “que obtenga para sí mismo o para cualquier persona un beneficio patrimonial, incremento en su nivel de gastos, o cancelación de deudas u obligaciones que no correspondan al que haya podido obtener derivado de su administración, ejecución o manejo u otros ingresos lícitos.”

El primer aspecto es la obtención para sí mismo o para otro un beneficio patrimonial, incremento en el nivel de gasto o cancelación de deudas u obligaciones; el segundo aspecto es que estos no correspondan al beneficio o incremento que hubiera podido obtener derivado de su administración, ejecución o manejo o de otros ingresos lícitos. El momento principal de la acción es el de la obtención del beneficio o incremento.

El legislador ha introducido como elemento del tipo la frase: “hasta cinco años después de haber cesado en dicha función.”, lo cual como se dijo en relación con el artículo 448 bis, no es coherente con otras disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico. Además, no se sabe a qué función se refiere, puesto que el activo es un particular que ejecuta, administra o maneja recursos públicos.

Sujeto activo. En este caso se trata de un particular que ejecuta, administra o maneja recursos públicos; a ello se refiere la frase legal: “quien sin ser funcionario o empleado público.”

Punibilidad. Pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de cincuenta mil a quinientos mil quetzales. Cuando el responsable es una persona jurídica, se procede, para la imposición de la pena conforme lo dispone el artículo 38 del CP, especialmente el párrafo tercero, cuarto y quinto.

“Artículo 448 Quáter. Testaferrato. Comete delito de testaferrato, la persona individual o jurídica que prestare su nombre o razón social para colaborar en la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en el Título XIII de este Código; el responsable de este delito será sancionado con pena de prisión de cinco a diez años y multa de cincuenta mil a quinientos mil Quetzales.”

Análisis

Tipo. Tipo básico creado por el decreto 31-2012 descrito en la siguiente forma: “Comete delito de testaferrato, la persona individual o jurídica que prestare su nombre o razón social para colaborar en la comisión de los delitos contemplados en el Título XIII de este Código.”

Momentos de la acción: el principal momento es cuando el sujeto activo presta su nombre o razón social para colaborar en la comisión de los delitos indicados. Es preciso determinar la forma en que el mismo presta su nombre o razón social y la forma en que colabora en la comisión de los delitos relacionados. La redacción del artículo es, al menos para quien esto escribe, poco clara, pues bien pudo aludirse a la ayuda o contribución para la comisión de los delitos mencionados.

La conducta está referida a la comisión de los delitos del Título XIII del CP, lo que pudiera tener en la práctica los siguientes inconvenientes:

- a) Hay referencia a la totalidad de los delitos de dicho título, en el cual aparecen algunos delitos en que no

hay necesidad de prestar el nombre o razón social para cometerlos;

- b) Los delitos de corrupción abarcan no solamente a los funcionarios de la Administración Pública que se han identificado como los del Poder Ejecutivo, sino también a los del Legislativo, Judicial y de las demás instituciones del Estado.

Sujeto activo. Cualquier persona jurídica o individual.

Punibilidad: Prisión de cinco a diez años y multa de cincuenta mil a quinientos mil quetzales.

“Artículo 449 Bis. Tráfico de influencias. Comete delito de tráfico de influencias la persona que, por sí misma o por interpósita persona, o actuando como intermediaria, influya en un funcionario o empleado público, prevaliéndose para ello de su jerarquía, posición, amistad o cualquier otro vínculo personal, para obtener un beneficio indebido, para sí o para tercera persona, en un asunto que dicho funcionario o empleado público esté conociendo o deba resolver, haya o no detrimento del patrimonio del Estado o de un tercero.

El responsable de este delito será sancionado con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial.

La misma pena tendrá la persona que, en forma directa o indirecta, solicite o acepte un beneficio, con el fin de utilizar su influencia real o supuesta en un funcionario o empleado público, para obtener un beneficio indebido para sí o para tercera persona.

Si el funcionario o empleado público que esté conociendo, deba conocer o resolver el asunto, es un funcionario o empleado de la administración de justicia, se impondrá el doble de la pena.”

Análisis

Tipo. El tipo básico de este delito se refiere a la persona que influya en un funcionario o empleado público, prevaleciendo de su jerarquía, posición, amistad o cualquier otro vínculo personal, para obtener un beneficio indebido, para sí o para tercera persona, en un asunto en que dicho funcionario esté conociendo o deba resolver.

La conducta delictiva deriva de la denominación tráfico (acción de traficar, es decir, de negociar, convenir, etc.) e influencia (poder, valimiento, autoridad de una persona con otra u otras), por lo cual los elementos de ella, radican en influir en un funcionario o empleado público, prevaleciendo de algún elemento señalado en la ley para obtener un beneficio indebido en un asunto en que el funcionario esté conociendo o deba resolver.

En este caso, el vocablo influir significa ejercer predominio o fuerza moral sobre el funcionario con base en la relación de amistad, jerarquía, posición o cualquier otro vínculo personal, para obtener el beneficio indebido en un asunto que dicho funcionario esté conociendo o debe resolver. Una variedad de la acción típica es que la persona, tanto directa como indirectamente, solicite o acepte un beneficio, con el fin de utilizar su influencia real o supuesta en un funcionario o empleado, para obtener un beneficio indebido para sí o para tercera persona.

Sujeto activo del hecho puede ser cualquier persona que pueda prevalerse, es decir valerse o servirse de la relación o vínculo con el funcionario. Por ser cualquier persona el activo, puede tratarse de una persona jurídica y la intervención de esta última hace más significativo que el tráfico de influencias, es particularmente una expresión de los delitos de cuello blanco, fundamentalmente porque intervienen financiamientos de empresas privadas y

a veces de empresas públicas, que pueden planificar y ejecutar estas actividades a largo plazo, lo que evidencia la peligrosidad de los sujetos que las realizan.

Punibilidad: Prisión de dos a seis años e inhabilitación especial.

Agravación de la pena: Cuando el funcionario o empleado público que esté conociendo, deba conocer o resolver el asunto es un funcionario o empleado judicial, se le impondrá el doble de la pena.

“Artículo 450. Fraude. 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 de 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. El responsable de este delito será sancionado con prisión de cinco a diez años e inhabilitación especial.

Si la operación en la que interviene estuviese relacionada o destinada a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena será aumentada en dos terceras partes.”

Análisis

Acción típica. El artículo 450 CP refiere que comete este delito, el sujeto activo que establece la ley, que “con ocasión de uno o más contratos con el Estado de ejecución de 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 de cualquier otro artificio para defraudar al estado.”

Conducta. Se refiere a que el sujeto activo participe en cualquier fase de los procesos de contratación del Estado realizando algún artificio para realizarlo. Aunque es de advertir que la ley utiliza el vocablo: “intervenga”, parece aludir a alguna forma de participación punible. En general la redacción del tipo es confusa pero debe entenderse que el sujeto activo realiza la acción con ocasión de la ejecución de uno o más contratos de obras o servicios con el Estado.

Sujeto activo puede ser, por disposición del texto legal: el funcionario, empleado público, quien ejerza funciones públicas o quien con ocasión de la ejecución de uno o más contratos de obras o servicios con el Estado, participe en una de las fases de los procesos de contratación.

Punibilidad. Pena principal: Prisión de cinco a diez años; pena accesoria de inhabilitación especial.

Agravación de la pena: La pena será aumentada en dos terceras partes si la operación en la que interviene el activo estuviere relacionada o destinada a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

“Artículo 450 Bis. Cobro ilegal de comisiones. Comete delito de cobro ilegal de comisiones, el funcionario o empleado público que solicite, gestione o reciba de manera directa, comisión, retribución económica, pago, promesa o cualquier tipo de beneficio, para que se realice o adjudique por sí o por tercera persona contrato de cualquier índole u obra pública. El responsable de este delito será sancionado con prisión de cinco a diez años, multa de cincuenta mil a quinientos mil Quetzales e inhabilitación especial.”

Análisis

Tipo. El artículo 450 Bis, es el primero que aparece en los cobros punibles, aunque indudablemente vinculado a

los delitos de cohecho; este ha sido creado por el Decreto 31-2012, establece: “Comete delito de cobro ilegal de comisiones, el funcionario o empleado público que solicite, gestione, o reciba de manera directa, comisión, retribución económica, pago, promesa o cualquier tipo de beneficio, para que se realice o adjudique por sí o por tercera persona contrato de cualquier índole u obra pública.”

Momentos de la acción. La acción está integrada por los siguientes momentos: solicitar, gestionar o recibir de manera directa. La acción de solicitar significa realizar directamente una petición, la de gestionar consiste en realizar diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera, y recibir de manera directa significa recibir el objeto habiéndolo requerido o no. La solicitud, recepción o gestión ha de ser concretamente de una comisión, retribución económica, pago, promesa o cualquier tipo de beneficio. El pago realizado de esa forma por el partícipe tiene un objetivo determinado: que se realice por sí o por tercera persona contrato de cualquier índole u obra pública.

El objeto de la solicitud o gestión ha de ser:

- a) Una comisión, es decir un porcentaje ilegal sobre el producto del contrato u obra de que se trate;
- b) Retribución económica, o sea entregar al funcionario un bien valorable económicamente;
- c) Pago, es decir entregarle una cantidad en tal concepto para los fines relacionados;
- d) Promesa, es decir que el sujeto ha gestionado al menos el ofrecimiento de alguno de los objetos relacionados precedentemente; y,

e) Cualquier tipo de beneficio, implica que podrán obtener u obtendrán algún beneficio que no esté contemplado en los anteriores.

Sujeto activo del delito solamente puede ser el establecido en el tipo, es decir: un funcionario o empleado público.

Tipo subjetivo: Es un delito doloso que involucra la voluntad del agente, de recibir la comisión, retribución económica, el pago o promesa para que se realice el contrato u obra pública, con la conciencia de la ilicitud del hecho.

Punibilidad: Prisión de cinco a diez años, multa de cincuenta mil a quinientos mil quetzales e inhabilitación especial.

“Artículo 451. 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. El responsable de este delito será sancionado con prisión de uno a tres años, multa de cinco mil a veinticinco mil Quetzales e inhabilitación especial.

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.”

Análisis

Tipo. El artículo 451 CP ya existente con anterioridad ha sido reformado por el Decreto 31-2012, con el objeto de aumentar el monto de la pena quedando regulado prácticamente de la misma manera en cuanto a su contenido. “Comete delito de exacciones ilegales, el

funcionario o empleado público que exigiere impuesto, contribución, tasa o arbitrios ilegales o mayores de los que correspondan.”

Momentos de la acción: La acción está constituida por la exigencia a los obligados, por parte del funcionario, de impuestos, tasas, contribuciones o arbitrios que no sean los establecidos legalmente o bien en cantidades mayores a las que realmente deben aportar a la Hacienda Pública.

Sujeto activo del hecho es un funcionario o empleado público que realice la conducta que exige el tipo.

Punibilidad: Prisión de uno a tres años; multa de cinco mil a veinticinco mil quetzales; inhabilitación especial.

Circunstancia agravante: La pena será aumentada en una tercera parte si el sujeto activo convirtiere en provecho propio o de terceros el producto de la exacción.

“Artículo 452. Cobro indebido. Comete el delito de cobro indebido, el funcionario o empleado público que autorice recibos o comprobantes ficticios, alterados o injustificados, o quien los cobre. El responsable de este delito será sancionado con prisión de uno a tres años, multa de cinco mil a veinticinco mil Quetzales e inhabilitación especial.”

Análisis

Tipo: El tipo de este delito dispone: “Comete el delito de cobro indebido, el funcionario o empleado público que autorice recibos o comprobantes ficticios, alterados o injustificados, o quien los cobre.”

Momentos de la acción: La conducta del delito está integrada por: autorizar, o cobrar, recibos o comprobantes ficticios, alterados o injustificados. El primero de los

momentos, autorizar, implica, confirmar la validez del recibo o comprobante. Cobrar tales efectos implica que el recibo o comprobante ficticio, alterado o injustificado ha sido autorizado, y el sujeto lo presente para que le sea entregada o enterada la cantidad que en forma injustificada o en forma alterada representen.

Tipo subjetivo: Tipo doloso integrado por la conciencia de que el recibo o comprobante es ficticio, alterado o injustificado y en un caso darle validez, y en el otro cobrarlo sabiendo de su ilegitimidad.

Punibilidad: Prisión de uno a tres años, multa de cinco mil a veinticinco mil quetzales, e inhabilitación especial.

“Artículo 458 Bis. Obstaculización a la acción penal.

Comete el delito de obstaculización a la acción penal:

Quien influya en otra persona, para evitar que proporcione información o medios de prueba a los órganos competentes del sistema de justicia.

Quien emplee fuerza física, intimidación, amenazas o coacción sobre cualquier funcionario o empleado público que sea miembro del Organismo Judicial o de las instituciones auxiliares de la administración de justicia, traductor, intérprete o perito, para obstaculizar el cumplimiento de sus funciones.

Quien para evitar la obtención de evidencias o medios de prueba, rehusare proporcionar al Ministerio Público, Organismo Judicial, Policía Nacional Civil o Dirección General de Investigación Criminal, documentos o información que conozca o que obren en su poder, estando obligado a ello.

Quien, con igual fin, destruya u oculte información o documentos, o bien proporcione documentos o información falsa al Ministerio Público, Organismo Judicial, Policía Nacional Civil o Dirección General de Investigación Criminal.

La persona responsable de cualquiera de las acciones tipificadas, será sancionada con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial.”

Análisis

Tipo: Este delito ha sido adicionado al CP mediante la reforma del Decreto 31-2012; el tipo penal, cuya integración será comentada en los varios aspectos a que se refiere por tratarse de una figura compleja.

a) Dispone el texto legal: “Comete el delito de obstaculización a la acción penal:

Quien influya en otra persona, para evitar que proporcione información o medios de prueba a los órganos competentes del sistema de justicia.”

Momentos de la acción: El principal momento de la acción se refiere a “influir” a otro para los fines a que se refiere el tipo. En tal caso influir significa ejercer predominio o fuerza moral para obtener los resultados relacionados. El objeto de la acción será que con ejercer el sujeto activo dicho predominio o fuerza moral se evite que el influido proporcione información o medios de prueba a los órganos competentes del sistema de justicia.

Sujeto activo: Evidentemente quien realiza la acción es un particular, ya que la ley no menciona que sea un funcionario o empleado público.

Aspecto subjetivo del tipo: También resulta evidente que el tipo es doloso, ya que la realización de la conducta requiere la voluntad del agente y la conciencia de que su actuar afecta la administración de justicia, específicamente en lo relativo a obstaculizar con ello el cumplimiento de la función de administrar justicia.

- b) “Quien emplee fuerza física, intimidación, amenazas o coacción sobre cualquier funcionario o empleado público que sea miembro del Organismo Judicial o de las instituciones auxiliares de la administración de Justicia, traductor, intérprete o perito, para obstaculizar el cumplimiento de sus funciones.”

Momentos de la acción: Emplear fuerza física, intimidación, amenazas o coacción sobre cualquier funcionario o empleado público miembro del Organismo Judicial o de las instituciones auxiliares de la administración de Justicia, traductor intérprete o perito al servicio de las mismas. Fuerza física, equivale al uso de la fuerza física contra uno de los funcionarios mencionados; intimidación, se refiere a causar o infundir miedo a tales funcionarios, por cualquier medio; amenazar, es decir anunciarles que se le va a causar algún daño, y coaccionarles, implica tratar de obligarles utilizando cualquier procedimiento con el objeto de obstaculizar el cumplimiento de sus funciones.

Tal conducta es apreciable como dolosa en virtud de que sujeto activo tendrá conocimiento de la ilicitud de su acción, de la persona sobre quien la ejerce, y voluntad de realizar la finalidad de obstaculizar el cumplimiento de las obligaciones de los funcionarios o empleados a que se refiere el tipo.

Sujetos: Activo es cualquier particular que realice la conducta típica y pasivo el funcionario o empleado

público específico a que se refiere el tipo, es decir: los miembros del Organismo Judicial o de las instituciones auxiliares de la administración de justicia relacionados en dicho tipo.

- c) “Quien para evitar la obtención de evidencias o medios de prueba, rehusare proporcionar al Ministerio Público, Organismo Judicial, Policía Nacional Civil o Dirección General de Investigación Criminal, documentos o información que conozca o que obren en su poder estando obligado a ello.”

Momentos de la acción: el principal momento relacionado en el tipo es “rehusar proporcionar” a los órganos oficiales a que se refiere el tipo documentos o información que se conozcan o que obren en poder del sujeto, estando obligados a ello. El vocablo rehusar significa en este caso “no querer o no aceptar” proporcionar los documentos o información que conozcan u obren en su poder. Es importante hacer notar, que el activo debe estar obligado a proporcionar los documentos o información.

Sujeto activo: cualquier persona, siempre que esté obligada a proporcionar documentos o información que conozca o se encuentre en su poder.

Tipo doloso de realización de la conducta de rehusar proporcionar evidencias o medios de prueba a las que se refiere el tipo (documentos o información). Para lo relativo a la forma de conducta v. *nota infra*.²⁷ La voluntad va dirigida a evitar la obtención de evidencias o medios de prueba.

²⁷ En la época contemporánea, como resultado de los análisis del funcionalismo profesado por G. Jakobs la delimitación entre acción y omisión resulta innecesaria.

- d) “Quien con igual fin destruya u oculte información o documentos, o bien proporcione documentos o información falsa al Ministerio Público, Organismo Judicial, Policía Nacional Civil o Dirección General de Investigación Criminal.”

Conducta típica: De acuerdo con la descripción típica este hecho se refiere a evitar la obtención de evidencias o medios de prueba a través de tres momentos: a) destrucción de información o documentos; b) ocultación de tal información o de documentos; c) proporcionar información falsa o documentos falsos, con el mismo fin, a las instituciones oficiales a que se refiere el tipo legal.

Aspecto subjetivo: Se trata de un tipo doloso por la conciencia del sujeto de ocultar información o documentos y la voluntad de que con ello se evite la obtención de evidencias o medios de prueba para la obstaculización de la acción penal.

Punibilidad: Este delito en todas sus formas es sancionado con prisión de tres a seis años, e inhabilitación especial.

“Artículo 467. Representación ilegal. Comete delito de representación ilegal, el funcionario o empleado del Ministerio Público, de la Dirección General de Investigación Criminal o del Organismo Judicial, que durante su permanencia en el cargo o con posterioridad a él, represente, asesore o auxilie a una de las partes en un asunto en el cual haya intervenido o participado por razón del cargo; será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial.”

Análisis

Tipo: “Represente, asesore o auxilie a una de las partes en un asunto en el cual haya intervenido o participado por razón del cargo...”

Momentos de la acción: “Representar”, equivale a ejercitar la calidad de mandatario de una de las partes en un asunto en el cual haya intervenido o participado el activo por razón del cargo o bien sin tener formalmente dicho mandato, sustituirle en juicio o ejercitar derechos de dicha parte. “Asesorar” se refiere a dar consejos, consultas o ilustraciones a las partes mencionadas. “Auxilie”, tiene en este caso la connotación de sustituir o asistir a las partes en el ejercicio de sus derechos, lo cual puede hacer en diversas formas, por ejemplo, presentando escritos en su nombre o refrendando sus solicitudes y acciones verbales dentro de los procesos o juicios. Tales acciones pueden realizarse dentro de la permanencia en el cargo del activo o con posterioridad a dicha permanencia.

Sujeto activo: Será el funcionario o empleado público específico a que se refiere el tipo legal. Es decir, un funcionario o empleado del Ministerio Público, de la Dirección General de Investigación Criminal o del Organismo Judicial.

Punibilidad: Pena de prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial.

“Artículo 468. Retardo de justicia. Comete delito de retardo de justicia, el juez que no diere curso a una solicitud presentada legalmente o que, a sabiendas, retardare u ordenare retardar la administración de justicia; será sancionado con prisión de dos a cuatro años, multa de cien mil a quinientos mil Quetzales, e inhabilitación especial.

Igual sanción se aplicará al representante del Ministerio Público, de la Policía Nacional Civil y de la Dirección General de Investigación Criminal que, a sabiendas, retardare la investigación penal o el ejercicio de la acción penal.”

Análisis

Tipo: En la legislación precedente a la reforma realizada en virtud del Decreto 31-2012, se conoció este delito con el nombre de Retardo malicioso. La reforma le designa como Retardo de Justicia, disponiendo el tipo vigente que: “Comete delito de retardo de justicia, el juez que no diere curso a una solicitud presentada legalmente o que, a sabiendas, retardare u ordenare retardar la administración de justicia...”

Momentos de la acción: De acuerdo con la descripción típica, este delito está integrado por varias clases de acción por lo que puede decirse que tiene una estructura compleja. La primera se refiere al juez que no diere curso a una solicitud presentada legalmente. En este caso el sujeto activo será el juez. En el segundo caso el juez, a sabiendas, retarda u ordena retardar la administración de justicia. En un tercer momento es el representante del Ministerio Público, de la Policía Nacional Civil o de la Dirección General de Investigación Criminal, que a sabiendas, retarda la investigación penal o el ejercicio de la acción penal.

En los dos últimos casos el tipo exige una condición objetiva de punibilidad: que el hecho se realice “a sabiendas”. Es decir, conociendo que se retarda la administración de justicia en el caso del juez, o que se retarda la investigación penal o el ejercicio de la acción penal en el otro caso.

Sujetos activos: Están determinados en la ley: el juez, o bien el representante el Ministerio Público, de la Policía Nacional Civil o de la Dirección General de Investigación Criminal.

Punibilidad: Prisión de dos a cuatro años y multa de cien mil a quinientos mil quetzales. Pena accesoria de inhabilitación especial.

“Artículo 469. Denegación de justicia. Comete delito de denegación de justicia, el funcionario o empleado público del Organismo Judicial, del Ministerio Público, de la Policía Nacional Civil y de la Dirección General de Investigación Criminal que maliciosamente:

- a) Desvíe la investigación penal o la acción penal de oficio para evitar vincular o para desvincular al o los responsables del delito.
- b) Dejare de promover la investigación penal de oficio o la acción penal.
- c) Ocultare, alterare o destruyere cualquier indicio o evidencia que permita establecer la comisión de un delito, la autoría o participación delictiva.

El responsable de este delito será castigado con prisión de tres a ocho años e inhabilitación especial; con las mismas penas será sancionado el juez que se negare a juzgar, bajo pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.”

Análisis

Tipo: El tipo vigente de denegación de justicia establece la conducta que realizan los funcionarios a que se refiere, en tres formas, siendo que las mismas han de realizarse maliciosamente, es decir, con intención solapada, oculta o perjudicial de que:

- a) Se “desvíe la investigación penal o la acción penal de oficio para evitar vincular o desvincular al o los responsables del delito.”

El momento de la acción en este caso está integrado por desviar la investigación penal por una parte, o bien la acción penal de oficio.

El elemento subjetivo está constituido por el objetivo de evitar que se vincule o desvincular efectivamente a los responsables del delito.

- b) Maliciosamente también, “dejare de promover la investigación penal de oficio o la acción penal.”

En este caso la conducta consiste en dejar de promover, la investigación penal de oficio o la acción penal. Es decir, una u otra, no ambas.

- c) En la misma forma maliciosa, “Ocultare, alterare o destruyere cualquier indicio o evidencia que permita establecer la comisión de un delito, la autoría o participación delictiva”.

Aspectos de la conducta. “Ocultar”, significa en forma alternativa: esconder, tapar, disfrazar, o encubrir a la vista el indicio o evidencia a que se refiere el tipo. El vocablo “alterar” se refiere a cambiar la esencia o forma del indicio o evidencia y “destruir” se refiere a la desaparición de los mismos.

El aspecto subjetivo o dolo se integra con la conciencia y voluntad de que el indicio o evidencia que se oculta, altera o destruye permiten establecer la comisión de un delito, la autoría o participación delictiva.

- d) También incurre en este delito el juez que se negare a juzgar, bajo pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

La acción está constituida en el hecho de que el sujeto activo, el juez, se niegue a juzgar, relacionando su negativa con oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, y que dicha negativa sea un pretexto, es decir, una simulación para negarse o excusarse de resolver.

Sujeto activo solamente puede ser un juez. Es un tipo doloso con base en la conciencia del activo respecto de que sus fundamentos para no resolver son un pretexto.

Punibilidad: En todos los casos anteriores a que se refiere la denegación de justicia, prisión de tres a ocho años e inhabilitación especial.

“Artículo 1. Disposiciones Generales del Código Penal.

Para los efectos penales se entiende:

1°. Por muebles, los bienes que puedan trasladarse de un lugar a otro, sin menoscabo de ellos mismos ni del inmueble donde estén colocados, y los semovientes, en todo caso.

2°. Por funcionario público: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público.

Por funcionario público extranjero, toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública.

Por funcionario de una organización internacional pública, un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre.

- 3°. Por arma, todo objeto o instrumento, destinado a ofender o defenderse, las sustancias explosivas o corrosivas y los gases asfixiantes o corrosivos y todo instrumento apto para dañar, cuando se lleve en forma de infundir temor.
- 4°. Por violencia, la física y psicológica o moral. La primera, es manifestación de fuerza sobre personas o cosas; la segunda, es intimidación a personas. Se entenderá que existe esta última, cuando concurriere hipnosis, narcosis o privación de razón o de sentido, ya sea que el sujeto activo provoque la situación o la aproveche.
- 5°. Por injusto, lo ilegal.”

Comentario

Nos referiremos en este apartado a las modificaciones del numeral 4 del artículo 1.

La ley señala que hay solo dos clases de violencia: física y psicológica o moral. Se detecta que el problema en la redacción de la explicación de la violencia psicológica o moral puede producir confusiones y dudas. Una de ellas en cuanto a si la intimidación a personas puede consistir además, en provocación o aprovechamiento de hipnosis, narcosis o privación de razón o de sentido. Otra, en cuanto a si la inexistencia en el párrafo legal del vocablo “también”, puede implicar que la violencia psicológica sea solamente provocación o aprovechamiento de hipnosis, narcosis o privación de razón o de sentido.

Se considera que la adecuada interpretación es que además de la intimidación, que es la violencia psicológica esencial, el legislador presupone que hay violencia psicológica o moral cuando el sujeto activo provoque o aproveche la hipnosis, narcosis o privación de la razón o del sentido del sujeto.

Bibliografía mínima:

- Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Actualizado, corregido y aumentado por Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina; 2008.
- David, Pedro R., Globalización, prevención del delito y justicia penal. Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- De Mata Vela, José Francisco, De León Velasco, Héctor Aníbal. Derecho Penal Guatemalteco. Magna Terra Editores, 25ª edición, Guatemala, 2015.
- Diez Picazo, Luis María. La criminalidad de los gobernantes. Editorial Crítica, Barcelona, España, 2000.
- Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 22ª. Edición; Madrid, España, 2004.
- Varios autores. Política Criminal, Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos en el Siglo XXI. Ediciones de Palma, Buenos Aires, Argentina, 2001.

Leyes consultadas:

- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
- Convención Americana contra la corrupción.
- Decreto Legislativo 31-2012, Ley contra la Corrupción.

