

OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

TOMO XIX - ISSN: 2707-9856 - opusmagna.cc.gob.gt



La problemática de la corrupción: Especial consideración del Sistema Judicial. Propuestas desde la experiencia española*

Félix M^a Pedreira González

Profesor de Derecho Penal y

Subdirector del Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal

de la Universidad Complutense de Madrid

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.77>

* Los escritos publicados en la sección de aportes especiales no son sometidos al proceso de revisión por pares en modalidad doble ciego.

La problemática de la corrupción: Especial consideración del Sistema Judicial. Propuestas desde la experiencia española

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.77>

Félix M^a Pedreira González¹

*Profesor de Derecho Penal y
Subdirector del Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal
de la Universidad Complutense de Madrid*

1.- Sobre el concepto de corrupción

Cuando se habla de la corrupción, la primera dificultad que surge es la relativa al propio concepto de corrupción. En un sentido estricto, ha sido frecuente identificar la corrupción con la corrupción pública, es decir, con el abuso del poder público consistente en la utilización de bienes y servicios públicos para el ilícito favorecimiento de intereses particulares, propios o de terceros. Sin embargo, este concepto, en gran medida, ha sido superado, como tendremos ocasión de observar.

Definir la corrupción desde el punto de vista del Derecho penal puede parecer una tarea más sencilla y, sin embargo, dicha labor tampoco está exenta de problemas, pues de entrada los Códigos penales no suelen agrupar estos delitos bajo una rúbrica denominada “delitos de corrupción” o algo similar, e incluso los textos internacionales sobre la materia tampoco suelen definir la corrupción, sino que se limitan a agrupar una serie de delitos que deben considerarse como tal.

Es decir, incluso dentro del propio Derecho Penal, el concepto de corrupción no resulta claro. En su núcleo suelen ubicarse los tradicionales delitos contra la Administración Pública (malversación, soborno o cohecho, prevaricación o prevaricato...) pero enseguida se extiende a otros comportamientos no solo propios del sector público, sino también del sector privado, pudiendo llegar hasta conductas que, no encajando propiamente en las

¹ Nota del autor: en el presente artículo trato el problema de la corrupción en Guatemala. Desde la primera vez que fui a Guatemala, gracias a un gran amigo guatemalteco que estudió conmigo en España varios años y al que quiero como a un hermano, me enamoré del país, hasta el punto de lo tengo como una segunda patria. Espero y deseo que nadie se pueda sentir ofendido porque un extranjero (en este caso un español) analice, valore y critique el problema de la corrupción en Guatemala. Mi única intención es, desde la humildad, tratar de ayudar a un país hermano y una gente maravillosa y extraordinariamente acogedora, con la que me siento en deuda y que creo que tienen un grave problema, y si puedo aportar algo desde mi ámbito de conocimiento y desde la experiencia española, que es la que mejor conozco, estimo que debo hacerlo.

anteriores, las promueven o facilitan seriamente (ej., delitos de corrupción en los negocios, delitos de financiación ilegal de partidos políticos e, incluso, cuando aparezcan vinculadas a las anteriores, blanqueo de capitales, falsedades documentales...).

Por lo tanto, el concepto tradicional de corrupción, fundamentalmente centrado en la corrupción pública y en el funcionario, ha sido superado. Ha surgido un enorme interés, incluso preminente, en perseguir y sancionar severamente al corruptor, concibiendo la corrupción, al menos en gran medida, como un comportamiento antieconómico con el que hay que ser implacable para proteger el interés de la competencia leal o, si se prefiere, para evitar la competencia desleal que pueda perjudicar los intereses económicos de las empresas o de determinadas empresas. Ejemplo paradigmático de ello es la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA) de EEUU, cuya amplitud extraterritorial y su contundente puesta en práctica han influido de manera decisiva en la adopción de Convenios internacionales en este sentido y han empujado a muchos países a adoptar legislaciones internas similares, pese a tener modelos distintos del sistema anglosajón (ej., el sistema continental europeo) y con las fricciones internas que ello genera.

Dicha confluencia, e incluso contraposición de intereses públicos y privados, hace difícil definir claramente la corrupción, aunque solo sea a los efectos del Derecho penal.

Incluso en un sentido más amplio, la corrupción se presenta como un fenómeno social más o menos extendido y complejo que se introduce, no solo en el ámbito político y administrativo, sino también en el ámbito económico y en las diferentes capas de la sociedad, menoscabando y degradando nuestros sistemas de convivencia en sus diferentes dimensiones (dimensión social, dimensión democrática, dimensión de Estado de Derecho...). Cuando una autoridad malversa dinero público en su propio beneficio u otorga un contrato administrativo a una empresa que no proporciona la oferta más ventajosa, a cambio de una comisión y con el consiguiente sobrecoste para las arcas públicas, degrada nuestro sistema de convivencia, detrayendo indebidamente recursos que deben emplearse en el interés público. Pero cuando un particular no paga los impuestos y cargas sociales que le corresponden u ofrece una cantidad de dinero a un policía u otro funcionario, ello también degrada nuestro sistema de convivencia.

Sin embargo, con tales ejemplos, probablemente un tanto simplistas, también se quiere poner de manifiesto, una vez más, que el Derecho penal no es la solución a todos los problemas y menos aún al complejísimo problema de la corrupción. Sin duda, el Derecho Penal es un medio de control social necesario en este ámbito, pero pensar que el problema de la corrupción, como fenómeno social complejo del que la dimensión política no deja de ser un aspecto del problema, se va a resolver solo a través del Derecho Penal es un planteamiento demasiado optimista, que solo puede conducir a una mayor frustración. Si se

nos permite el paralelismo, es tanto como pretender en un cáncer con metástasis, amputar un dedo cuando el cáncer está extendido por todo el cuerpo. Quizá no es justa la afirmación de que los “políticos no son más que un reflejo de la sociedad”, y más cuando se habla de una gente tan maravillosa como la gente de Guatemala. Pero sin duda hay algo de cierto en tal afirmación, al menos con respecto a la mayoría de las comunidades.

Con lo anterior no queremos afirmar, en absoluto, que la corrupción no tenga que ser abordada por el Derecho Penal. El Derecho Penal, como hemos señalado, es necesario en este ámbito y hoy día puede considerarse imprescindible en la mitigación del fenómeno de la corrupción. Lo único que queremos decir es que con ello no es suficiente, pues es necesario también insistir en otros medios de control social (la educación, la concienciación, el rechazo social...). La sociedad no puede negar el problema, ni debe verlo con resignación o como algo cultural o como algo que no tiene tanta trascendencia. Tiene mucha importancia, hasta el punto de que países ricos en recursos, que podrían garantizar unos altos niveles de bienestar social, se ven empujados a la miseria y a la violencia.

Ya no existen serias dudas de que la corrupción es uno de los principales obstáculos al desarrollo de las sociedades, que pone en serio peligro la dimensión social, la dimensión democrática y la dimensión del Estado de Derecho y los derechos humanos. La relación entre la corrupción y el disfrute de los derechos humanos viene siendo puesta de relieve en las últimas décadas por las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales y la doctrina. En definitiva, la corrupción también da “da pie a violaciones de los derechos humanos”.

Igualmente, se han hecho necesarios los acuerdos internacionales. La globalización ha traído beneficios para muchas sociedades, pero también ha sido aprovechada por los corruptos, a través de operaciones delictivas transfronterizas. El hecho de que los autores de delitos, muchas veces integrados en organizaciones criminales, los instrumentos y el producto del delito se sitúen en varios países o circulen a través de ellos, hace que el enfoque tradicional de aplicación de la ley, centrado en el nivel local, resulte insuficiente. En operaciones internacionales complejas para facilitar actividades criminales, como el lavado de dinero procedente de la corrupción, las distintas etapas de estas actividades ilícitas pueden tener lugar dentro de una multitud de países diferentes, y estar alejadas de la escena original donde se perpetraron. La adopción de instrumentos jurídicos a través de convenios internacionales hoy día ya no se pone seriamente en duda. La clásica afirmación que consideraba que el Derecho Penal, junto con la moneda, era lo más propio y exclusivo de una nación, de su soberanía nacional, actualmente, en un contexto globalizado, ya apenas se sostiene. El proceso globalizador ha contribuido a esta internacionalización de la corrupción y ha hecho imprescindibles los acuerdos internacionales.

Cinco son los principales tratados internacionales que en el ámbito universal y/o regional regulan la cooperación penal internacional en relación con delitos de corrupción:

- 1.- La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada mediante la Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003 (en adelante Convención ONU)².
- 2.- La Convención Interamericana contra la Corrupción (B-58), adoptada por la Organización de Estados Americanos en Caracas el 29 de marzo de 1996 (en adelante, Convención OEA)³.
- 3.- La Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en París el 17 de diciembre de 1997 (en adelante, Convención OCDE).
- 4.- El Convenio penal sobre la corrupción (ETS nº 173) del Consejo de Europa (CoE), adoptado en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 (en adelante, Convenio CoE).
- 5.- La Convención de la Unión Africana (UA) sobre la prevención y lucha contra la corrupción, adoptada en Maputo el 11 de junio de 2003 (en adelante, Convención UA).

El número de ratificaciones de estos tratados internacionales revela un alto grado de seguimiento, lo que sugiere un consenso generalizado entre los Estados respecto de la necesidad de tipificar, reprimir y sancionar los actos de corrupción.

El Convenio de la ONU es el más completo de estos instrumentos jurídicos internacionales, toda vez que ya no se focaliza solamente en el sector público, sino que también incluye al sector privado; la combinación de prevención y penalización; el énfasis en la cooperación internacional y en la ayuda técnica para que todos los países estén en condiciones de aplicar la Convención de un modo homogéneo y exigente, y un mecanismo viable para la devolución de los productos de la corrupción a su legítimo propietario. La Convención ONU, la única de ámbito universal, cubre una amplia variedad de conductas delictivas en las que pueden estar implicados tanto funcionarios públicos (nacionales, extranjeros o de una organización internacional) como actores privados. Comenzando por el soborno tanto de funcionarios públicos -nacionales, extranjeros o de una organización internacional (arts. 15 y 16)- como en el sector privado –en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales (art. 21)-. Junto al soborno, se recoge también en el convenio el tráfico de influencias (art. 18), consistente en la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona (delito activo)/la solicitud o aceptación por un funcionario público (delito pasivo), en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado parte un beneficio indebido. También se incluyen tanto la malversación o peculado, apropiación

² Guatemala suscribió la Convención el 9/12/2003 y depositó el instrumento de ratificación el 3/11/2006.

³ Guatemala firmó la Convención el 6/4/96 y depositó el instrumento de ratificación el 7/3/2001.

indebida u otras formas de desviación de bienes por parte de un funcionario público (art. 17) como la malversación o peculado de bienes, cometidos intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella (art. 22); el abuso de funciones (art. 19), es decir, la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad; el enriquecimiento ilícito (art. 20), o sea el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él, y el blanqueo del producto del delito (art. 23). Finalmente, la convención incluye los delitos de encubrimiento (art. 24) y obstrucción a la justicia (art. 25) en relación con las conductas delictivas que enumera.

2.- Guatemala y la corrupción

La situación en Guatemala con respecto a la corrupción y, en particular, con respecto a la corrupción en el sistema judicial es compleja y presenta dificultades. Tras haber consultado diversas fuentes de información, puede efectuarse un diagnóstico inicial, pese a las dificultades que plantea obtener información precisa, ordenada y fidedigna de la situación. En ocasiones tales dificultades se derivan de la falta de recursos, estudio y organización, mientras que en otros casos parece tratarse más bien de una cultura de desconfianza, recelo o infravaloración del problema.

Con la prudencia y reservas que hay que adoptar a la hora de manejar índices de percepción (pues una cuestión es la percepción y otra la realidad), el índice de Percepción de la Corrupción de la organización Transparencia Internacional califica 180 países y territorios con base en la percepción de su nivel de corrupción en el sector público según expertos y empresarios. El 100 corresponde a corrupción inexistente y el 0 a corrupción elevada. En los últimos años Guatemala ha ido descendiendo en su calificación, lo que ha provocado que empeore su posición hasta la 150, de los 180 países analizados, por lo que la percepción de corrupción es muy elevada⁴.

Las organizaciones AS/COA/Anti-Corruption Working Group, Americas Quarterly y Control Risks presentaron en año 2021 el informe “La capacidad de combatir el índice de corrupción” en el que evaluaron 15 países de Latinoamérica. En lugar de medir los niveles percibidos de corrupción, el índice CCC evalúa y clasifica a los países en función de la eficacia con la que son capaces de combatir la corrupción. Se analizan 14 variables clave, incluida la independencia de las instituciones judiciales, la solidez del periodismo de investigación y el

⁴ Véase: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2022/01/CPI2021_Report_ES-web.pdf.

nivel de recursos disponibles para combatir los delitos de cuello blanco. Estas variables se dividen en tres subcategorías: capacidad jurídica, democracia e instituciones políticas, y sociedad civil, medios de comunicación y sector privado. Los puntajes generales de los países son un agregado ponderado de estas tres subcategorías. El índice se basa en datos extensos y en una encuesta propia realizada entre los principales expertos en anticorrupción de Control Risks, el ámbito académico, la sociedad civil, los medios de comunicación y el sector privado. Se considera que los países con una puntuación más alta tienen más posibilidades de que los actores corruptos sean procesados y castigados. Guatemala ha ido descendiendo y ocupa el lugar número 13 de 15 con una calificación de 3.84, lo que implica una puntuación muy baja⁵.

Además, debido a la pandemia del COVID 19, los países de la región se han visto obligados a movilizar rápidamente recursos masivos para combatir el virus y mitigar sus consecuencias económicas. En este entorno de gastos de emergencia y controles relajados, ha aumentado la corrupción y la mala administración de fondos.

Existe un amplio consenso a la hora de afirmar que los avances logrados en los últimos años en Guatemala en el juzgamiento de casos de corrupción y abusos se encuentran en riesgo de retroceder, después de que el gobierno decidiera no prorrogar el mandato de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), respaldada por las Naciones Unidas.

Según Human Rights Watch, las investigaciones de la CICIG y del Ministerio Público pusieron al descubierto más de 60 tramas de corrupción, en las cuales estaban implicados funcionarios de los tres poderes del Estado. Estas investigaciones propiciaron en 2015 la renuncia y la detención de los entonces Presidente y Vicepresidenta. Sin embargo, hay en Guatemala altos niveles de impunidad, en parte porque es común que haya demoras irrazonables en procesos penales contra poderosos actores. Persisten problemas como la intimidación de jueces y fiscales, y la corrupción en el sistema de justicia.

No obstante, después de que la CICIG y la Fiscal General presentaran una solicitud en agosto de 2018 para quitar la inmunidad al Presidente de aquel momento con el fin de investigar su papel en la financiación electoral ilícita, el mismo anunció, acompañado de altos mandos militares y policiales, que no renovarían el mandato de la CICIG. Como resultado, la CICIG dejó de funcionar en septiembre de 2019.

En el informe de 2021 de Human Rights Watch el panorama no mejora. Junto a la actitud hostil del gobierno frente a la prensa, se destaca que han existido demoras importantes en el nombramiento de jueces y magistrados de las altas cortes, y que el proceso

⁵ Véase: https://americasquarterly.org/wp-content/uploads/2021/06/CCC_Reporte_Espan%CC%83ol_2021.pdf.

de nombramiento a cargo del Congreso ha estado marcado por acusaciones recíprocas de corrupción entre el Congreso y la Corte Constitucional.

En materia de *Seguridad pública, corrupción y justicia penal*, junto a los problemas ya aludidos, se afirma que “la violencia y la extorsión por parte de poderosas organizaciones criminales, que el gobierno no ha podido o no ha deseado controlar, siguen siendo serios problemas en Guatemala”.

En cuanto a la *separación de poderes e independencia judicial*, se señala: “De acuerdo con el Derecho guatemalteco, el Congreso debe seleccionar y nombrar a jueces y magistrados a partir de listas que presentan las Comisiones de Postulación. El proceso carece de un sistema homogéneo para la clasificación de los candidatos... A finales de octubre de 2019 deberían haberse cubierto trece vacantes en la Corte Suprema y 135 en las Cortes de Apelaciones para el período 2019-2024. El 26 de febrero de 2020, en respuesta a una petición de la Fiscalía, la Corte de Constitucionalidad suspendió el proceso de nombramiento, a partir de una investigación penal que puso al descubierto pruebas de posible tráfico de influencias en la selección de los jueces. El 6 de mayo, la Corte de Constitucionalidad ordenó que el Congreso avanzara en los nombramientos, pero exigió a los legisladores que analizaran si los candidatos cumplían con los requisitos constitucionales y si sus nombres habían sido mencionados en la investigación penal... Sin embargo, el 28 de junio, el Congreso solicitó al Ministerio Público que investigara a los magistrados de la Corte de Constitucionalidad que habían dictado sentencia en el proceso de selección, por supuesta comisión de los delitos de prevaricato, violación a la Constitución y abuso de autoridad. Estos delitos acarrearán penas de hasta 10 años de prisión. El 7 de agosto, el Ministerio Público anunció que se investigarían los delitos presuntamente cometidos por decenas de funcionarios públicos que gozan de inmunidad, incluidos 92 diputados del Congreso, 13 magistrados suplentes de la Corte Suprema, 7 miembros de la Comisión Permanente del Congreso y 6 magistrados de la Corte de Constitucionalidad”⁶.

En cualquier caso, es preciso ir más allá de discusiones abstractas sobre la necesidad de reformas a medidas más concretas. Es necesario identificar los factores concretos e individualizados que hacen específica y tan grave la situación del país en materia de corrupción.

En primer lugar, puede afirmarse que la sociedad civil ha comenzado a reaccionar frente al problema, algo que es fundamental, y que se trata de una sociedad significativamente vertebrada, con presencia relevante de grupos y organizaciones generales y específicos sobre esta materia. También la prensa y los medios de comunicación, pese a las

⁶ Véase: <https://www.hrw.org/es/world-report/2021/country-chapters/377429>

dificultades, presiones y ciertas campañas interesadas, han mostrado cierta fortaleza en el tratamiento y valoración de las noticias relacionadas con esta materia.

En segundo lugar, se han realizado modificaciones importantes en la legislación de Guatemala para adaptarla a los Convenios internacionales y mejorar la capacidad de investigación, persecución penal y juicio de los casos de corrupción, como la ley contra la delincuencia organizada, la ley contra el lavado de dinero y otros activos, e incluso, la ley de extinción del dominio, entre otras incorporaciones y reformas legales⁷. Por supuesto, todo es mejorable, y siempre conviene evaluar el ajuste de la legislación a los compromisos internacionales y sus posibles carencias, pero no parece que la falta de legislación sea un factor decisivo del problema.

En tercer lugar, los casos descubiertos por el MP y la CICIG han permitido evidenciar la existencia de auténticas y preocupantes redes económico-políticas ilícitas, conformadas por funcionarios de todos los niveles, políticos, empresarios, banqueros, militares... Estas redes han tenido la capacidad de operar e incidir en el sistema de compras y contrataciones del Estado, en el sistema aduanero, en el sistema de salud, en el sistema electoral, en el sistema de justicia, incluyendo el sistema penitenciario, etc., manifestando su gran capacidad delictiva y de procurarse la impunidad⁸. Resulta necesario un Organismo judicial independiente y con capacidad de juzgar de manera pronta y objetiva los casos de corrupción y que los mismos no queden en la impunidad.

En cuarto lugar, el MP o Fiscalía de Guatemala ha desempeñado un papel relevante y positivo en la persecución de casos de corrupción y abuso de poder. En el MP, la creación de la Fiscalía Especial contra la Impunidad (FEI), la creación de la Unidad de Métodos Especiales (UME), la Dirección de Análisis Criminal (DAC) y otras secciones han sido claves para la investigación de casos complejos de corrupción. También destaca la aprobación de la reforma del 2016 a la Ley Orgánica del MP, con la cual se creó la Coordinación Nacional de Fiscalías, el fortalecimiento de la Dirección de Investigaciones Criminalísticas (DICRI), la reestructuración de la Oficina de Protección de Sujetos Procesales, y el fortalecimiento de la carrera profesional fiscal, entre otros aspectos. En varias de estas instancias del MP ha descansado el impulso de las principales acciones y casos relacionados contra la corrupción⁹. Pero el peso que ha soportado sobre sus hombros el MP en la lucha contra la corrupción ha sido enorme y precisa de todo el apoyo institucional y social que se le pueda brindar, sino a riesgo de convertir su labor en un ejercicio de heroicidad inexigible y de retroceder

⁷ Véase: *El combate a la corrupción en Guatemala. Evaluando la capacidad del Estado para reducir la corrupción y mejorar la rendición de cuentas*, febrero 2020, Serie 1, Monitor Centroamericano, WOLA/Fundación Myrna Mack, pp. 7 y ss.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

nuevamente en la lucha contra la corrupción. A este respecto, es oportuno aumentar y mejorar la autonomía, formación, especialización y capacitación continua de los fiscales y restantes operadores jurídicos que trabajan con casos de esta naturaleza.

En quinto lugar, existen importantes necesidades de mejora en el Organismo Judicial y en las instancias de mayor riesgo, donde se tramitan casos de corrupción a gran escala¹⁰. La complejidad de estos casos, en virtud de la magnitud de las organizaciones y redes criminales juzgadas, a nuestro juicio, demanda una revisión de diversos aspectos. El más importante es garantizar la *independencia judicial*, lo que a nuestro juicio constituye el núcleo del problema. Es imperativo y urgente mejorar el sistema de acceso, promoción, inamovilidad, protección, especialización y formación continua de los jueces en general y de los que trabajan con casos de esta naturaleza en particular. Dicha independencia judicial debe compensarse con una verdadera y correlativa responsabilidad en la práctica frente a los casos de corrupción judicial (prevaricato judicial, cohecho...). Es imprescindible que los jueces se dediquen a aplicar el Derecho, sin incurrir en arbitrariedad, y que eviten en todo lo posible las tácticas de litigio malicioso, con mala fe, en fraude de ley, así como la prolongación excesiva de los procesos. Si los Jueces y Magistrados, encargados de aplicar el Derecho, no lo hacen como deben, por cualquier motivo (ej., miedo, intimidación, falta de formación, preocupación por perder su puesto de trabajo o no ser ascendido, dinero a cambio, etc.) todos los demás esfuerzos serán vanos. El mejor Derecho y más ajustado a la letra y al espíritu de los Tratados Intencionales, y la acusación más honrada, formada, meticulosa y valiente, no servirán de nada si el encargado de aplicar ese Derecho no lo hace como debe. Por supuesto, también es importante poner medios y recursos necesarios para que los jueces y magistrados puedan efectuar esa labor. La correcta labor del MP es un presupuesto indispensable, pero no suficiente, para abordar adecuadamente el problema.

Obviamente, también es oportuno que otras entidades de control, como la Contraloría General de Cuentas y la Policía, fortalezcan sus mecanismos de prevención y que actúen de forma correcta y conforme a Derecho¹¹.

Lo cierto es que en Guatemala se habían logrado algunos avances relevantes y significativos en materia de lucha contra la corrupción, pero no es menos cierto que muchos estos avances normativos, sociales e institucionales se han perdido o están en un serio riesgo de retroceso. La pandemia del COVID-19, lejos de sensibilizar a los responsables públicos y mejorar la situación, ha favorecido un entorno de gastos de emergencia y controles relajados que no ha hecho más que empeorar el problema de la corrupción pública. En el contexto

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ibidem.*

actual, sería importante, cuanto menos, blindar los avances que se habían logrado y no permitir pasos atrás.

Igualmente, es fundamental identificar los factores concretos e individualizados que hacen específica y tan grave la situación del país en materia de corrupción, lo que aconseja tener en cuenta también el Derecho comparado. Los estudios e informes sobre la materia, frecuentemente, tienden a efectuar una visión general y abstracta de los aspectos mejorables, en ocasiones mezclando percepción con realidad, sin individualizar los rasgos específicos que hacen que la situación de Guatemala en materia de corrupción sea particularmente grave.

Por supuesto que todo es mejorable, pero hay factores clave y factores más o menos secundarios, que son habituales en otros países y sistemas jurídicos, y no hacen que el problema de la corrupción sea tan grave como en Guatemala. Por ejemplo, que los partidos políticos tiendan al abuso y actúen como actúan, esto es, como auténticas maquinarias dirigidas a lograr y extender su poder, invadiéndolo todo, y a obtener la mayor financiación posible, moviéndose más o menos al margen de los intereses públicos, no es ninguna peculiaridad de Guatemala (sino más bien al contrario). Que el poder tiende al abuso y que los poderosos intentan, por todos los medios a su alcance, asegurar su impunidad tampoco es ninguna novedad (sino más bien al contrario). Al margen de visiones románticas, poco realistas e incluso frívolas, eso no va a cambiar.

Tampoco la sociedad guatemalteca puede calificarse como una sociedad distinta o peor que otras, como una especie de sociedad “enferma” o “desvertebrada” que favorece, promueve o facilita la corrupción, o peor aún, que ese es un rasgo que lleva en su cultura o en su historia, como una especie de “maldición” que le persigue y de la que no puede desprenderse. Muy al contrario, con carácter general, la sociedad civil en Guatemala, como ha demostrado en no pocas ocasiones últimamente, posee rasgos positivos que permiten calificarla como una sociedad despierta, vertebrada, consciente de los males que padece, que reacciona y que se indigna cuando las situaciones son indignantes...

El sistema jurídico de Guatemala tampoco sufre un problema serio de falta de regulación jurídica, de grave desajuste de dicha regulación a los convenios internacionales, de ausencia de regulación de los delitos de corrupción, o del establecimiento en la ley de penas poco severas. Lo que sucede simplemente es que el mejor Derecho, el Derecho técnicamente más perfecto y ajustado a los compromisos internacionales, de nada sirve si se queda “sobre el papel”, es decir, si los encargados de aplicarlo, por diferentes motivos, no lo aplican y ello no conlleva una responsabilidad en la práctica. Ya está sobradamente demostrado que lo que previene la criminalidad y, dentro de ella, los delitos de corrupción,

no es tanto la intensidad de las penas como la intensidad de la persecución y la probabilidad del castigo efectivo.

Lo que, en nuestra humilde opinión, individualiza la situación de Guatemala en materia de corrupción radica en la generalización o extensión del problema, y en el elevadísimo nivel de impunidad que genera un sistema de justicia que no funciona adecuadamente.

3.- Propuestas para abordar el problema desde la experiencia española

La clave para abordar el problema no se encuentra en mirar permanentemente al pasado, en lamentarse por lo que pudo ser y no fue, en pretender concienciar o cambiar moralmente a los partidos políticos, a las élites del país o a los poderosos (lo que no va a suceder), en adoctrinar moralmente a la sociedad guatemalteca (que no es peor que otras), en echar la culpa a una especie de maldición histórica e irracional, en reformar permanentemente las leyes, en una actividad “legiferante” desbocada, en crear comisiones parlamentarias escasamente útiles, en aumentar la magnitud de las penas en la ley... Todo esto, en el mejor de los casos, es dispersarse a la hora de abordar el núcleo del problema, cuando no ofrecer pretextos y excusas para no hacer nada, o para que parezca que se hace algo sin resolver nada.

A nuestro juicio, como ya se ha podido deducir, el núcleo del problema se encuentra en el sistema de justicia. Como hemos señalado, es imprescindible la mejora del sistema de justicia, especialmente en el Organismo Judicial y en las instancias de mayor riesgo, donde se tramitan casos de corrupción a gran escala. La complejidad de estos casos, en virtud de la magnitud de las organizaciones y redes criminales juzgadas, a nuestro modo de ver, demandan una revisión de diversos aspectos. El más importante es garantizar la **independencia judicial**, lo que a nuestro juicio constituye el núcleo del problema. Es necesario mejorar el sistema de acceso, promoción, inamovilidad, protección, especialización y formación continua de los jueces en general y de los que trabajan con casos de esta naturaleza en particular. Pero dicha independencia debe compensarse con una verdadera y correlativa responsabilidad en la práctica frente a los casos de corrupción judicial (prevaricato judicial, cohecho...). Es imprescindible que los jueces se dediquen a aplicar el Derecho, sin incurrir en arbitrariedad, y que eviten en todo lo posible las tácticas de litigio malicioso, con mala fe, en fraude de ley, así como la prolongación excesiva de los procesos. Si los Jueces y Magistrados, encargados de aplicar el Derecho, no lo hacen como deben, por cualquier motivo (ej., miedo, intimidación, falta de formación, preocupación por perder su puesto de trabajo o no ser ascendido, dinero a cambio, etc.) todos los demás esfuerzos serán

vanos. Por supuesto, también es importante poner los medios y recursos humanos y materiales necesarios para que dichos jueces y magistrados puedan efectuar esa labor.

Pero todo esto no puede quedarse en un mero diagnóstico de la situación o en afirmaciones más o menos abstractas o vacías de contenido relativas a la importancia de la independencia judicial. Son necesarias propuestas concretas y aquí es donde voy a hablar de la experiencia española que, aunque dista de la perfección, puede aportar ideas y reflexiones. En España, por supuesto, hay algunas deficiencias tanto en el sistema judicial como en el fiscal que han suscitado reiteradas críticas por el riesgo de influencia política. Más concretamente, mientras de momento no hay grandes dudas sobre la independencia y la imparcialidad de los jueces y fiscales como individuos, sí existe controversia alrededor de la cuestión de la independencia de los órganos rectores del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal.

El art. 117. 1 de la Constitución española (en adelante CE) señala que “la justicia emana del pueblo y se administra por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial español (CGPJ) es un órgano constitucional, que se configura como órgano de gobierno de los jueces, participando, por ejemplo, en el nombramiento, promoción y disciplina de los jueces. Según la Constitución, el CGPJ está formado por el Presidente del Tribunal Supremo, que preside el CGPJ junto con 20 miembros. Cada uno de ellos ejerce sus funciones durante cinco años. De los 20 miembros, la Constitución especifica que 12 deben ser jueces; los otros 8 son abogados o juristas. La Constitución exige que los últimos sean nombrados por una mayoría parlamentaria de 3/5. La Constitución no especifica cómo se nombran los miembros que pertenecen al turno judicial y el sistema de nombramiento ha cambiado con los años: antes de 1985 eran elegidos por los propios jueces. No obstante, el sistema se cambió entonces y a partir de 1985 el Parlamento asumió el nombramiento. Esto ha dado lugar a un desprestigio y a una permanente sospecha de politización. El principal partido de la oposición afirma que hay que cambiarlo, pero lo cierto es que cuando estaba en el gobierno y tuvo la oportunidad, no lo cambió. También el actual presidente del gobierno lo afirmaba, pero ahora que ha llegado al poder, intenta mantenerlo e, incluso, empeorarlo. En definitiva, los políticos no se toman en serio la cuestión de la independencia del poder judicial. La forma de selección de los miembros del CGPJ es motivo de preocupación dada su susceptibilidad a la “politización” - siendo la crítica principal que el método de elección permite a los partidos políticos repartir los puestos del CGPJ como un reparto de cromos entre sus afines-. Yo entiendo que, al menos, la mayoría del Consejo debería ser elegido por los propios jueces a través de un

sistema democrático en el que todos los jueces tengan derecho a votar y a ser elegidos. Eso favorecería la independencia del Poder Judicial.

Dado el papel que el CGPJ desempeña en la toma de decisiones sobre áreas importantes de la judicatura, incluyendo nombramientos, promoción, inspección y disciplina relativa a los jueces, resulta crucial que este órgano no sólo sea libre, sino que se vea también libre de cualquier influencia política. El Ministerio de Justicia (y los órganos ejecutivos correspondientes de las ocho comunidades autónomas con competencia judicial atribuida) ostentan la responsabilidad concerniente al personal administrativo del tribunal y a la gestión de los edificios y recursos. El CGPJ tiene un presupuesto separado, pero sólo cubre las actividades del propio Consejo. Las responsabilidades del Ministerio de Justicia sobre el presupuesto y el proceso presupuestario, así como su papel para asignar fondos entre los tribunales y las necesidades judiciales durante el año presupuestario, también son percibidos por muchos integrantes de la profesión como una amenaza contra la independencia del Poder Judicial. Se debería dotar al CGPJ de mayor independencia con respecto al poder político y de mayores funciones de gestión presupuestaria.

Con todo, uno de los puntos fuertes, uno de los aspectos más positivos en España es, a mi juicio, el acceso a la carrera judicial. El acceso a la carrera judicial se basa en el principio de mérito y capacidad para desempeñar las tareas judiciales. El camino principal a la judicatura está organizado por rigurosa oposición pública abierta para los ciudadanos españoles mayores de edad (18 años) graduados en Derecho, que va seguido de un período de formación (teoría y práctica) en la Escuela Judicial. La preparación suele durar varios años (3 o más años de estudio muy intenso y otro año de Escuela Judicial). Una vez que se aprueba la primera fase, la Escuela Judicial se encarga de proporcionar una formación, más orientada a la práctica, de los jueces. Además, la Escuela Judicial ofrece continuamente cursos a los jueces sobre diferentes áreas del Derecho. Hay cursos de formación inicial obligatorios sobre, entre otros, el papel del juez y las funciones de los tribunales, que incluye secciones sobre la independencia e imparcialidad, normas éticas para el juez y valores básicos. Los cursos de formación continua sobre asuntos relativos, entre otros, a la lucha contra la corrupción y la ética judicial también están disponibles de forma opcional. Una minoría de jueces son juristas con experiencia de reconocida competencia o reconocido prestigio. Todos ellos pasan a ser inamovibles, salvo por causas muy graves, por lo que ostentan el cargo hasta que se jubilan.

Se dice que el sistema español de acceso a la judicatura es uno de los más duros de toda Europa. El proceso de selección es muy exigente para cumplir los objetivos de mérito, transparencia y objetividad. Los organismos de selección pertinentes (tribunal examinador) tienen una composición mixta reuniendo jueces, fiscales y académicos. La antigüedad es el principal criterio para la promoción o el traslado.

Sin embargo, para nombramientos superiores, por ejemplo: presidentes de Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo, el CGPJ ejerce un poder discrecional respecto a las propuestas pertinentes de nombramiento. Se han emitido críticas a este respecto tanto por parte de la sociedad civil como de los propios jueces: existe la impresión de que la judicatura es independiente en su base, pero se politiza en la cima, en sus órganos de gobierno, en el CGPJ y en los altos cargos de la judicatura. Si el Consejo está politizado, no se puede pretender que los nombramientos que haga no lo estén. Todas las decisiones sobre el nombramiento y la carrera profesional deben basarse en criterios objetivos, mérito y capacidad, y total publicidad y transparencia.

A mi juicio, el sistema general de acceso por oposición, publica, muy exigente, basada en el mérito y capacidad, como he dicho, es uno de los aspectos más positivos. Si a ello se une que se obtiene una plaza fija para toda la vida y el juez es inamovible, las posibilidades de corrupción se limitan enormemente. El salario neto (tras impuestos) no es demasiado elevado, pero sí permite vivir dignamente y atender sus necesidades y las de sus familias. Todo esto conduce a que en España prácticamente ningún juez de los escalones inferiores e intermedios, que son la inmensa mayoría, se preste a un acto de corrupción. Ha hecho un esfuerzo muy serio para estar ahí, tiene un puesto de trabajo para toda su vida y no se va a arriesgar a eso.

La premisa es que los casos se asignan a los jueces por razones objetivas. La asignación de los casos, al menos como regla general, se basa en criterios objetivos y en un turno de reparto.

Por otra parte, los jueces están sujetos a un régimen de incompatibilidades muy estricto, más estricto que el de cualquier otro funcionario público. Especialmente se les prohíbe a los jueces pertenecer a partidos políticos o sindicatos, pero también cualquier otra actividad pública o privada (excepto la docencia e investigación en ámbitos del Derecho, de publicación científica...). Hay algunas prácticas discutibles (ej., los jueces o Magistrados que obtienen un sobresueldo preparando a opositores y tomándoles semanalmente los temas o la participación en determinados Congresos financiados por entidades privadas) pero en general el régimen de incompatibilidades se cumple.

Se prohíbe a los jueces ver y decidir en casos en los que puedan tener cualquier tipo de interés directa o indirectamente. Son amplias las causas de abstención y recusación (relaciones familiares, de amistad o enemistad de las partes o la intervención en las fases previas del litigio). Si no lo hacen, la parte perjudicada podrá presentar una recusación y, si se cumplen los requisitos, suele prosperar.

La práctica de pedir u ofrecer dinero o regalos costosos a un juez o a un fiscal en España es prácticamente impensable y en los poquísimos casos en que se ha detectado, la

respuesta judicial, por parte de los propios compañeros, es implacable. Esto en España se considera intolerable y no es un problema, aunque entiendo hay que ser particularmente duro con esta cuestión. Es necesario la creación de un sistema estricto de declaración de bienes de los jueces y magistrados.

Los jueces están sujetos a responsabilidad disciplinaria y las decisiones del CGPJ están sujetas a revisión judicial ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. La autoridad judicial disciplinaria del CGPJ se limita a analizar funciones judiciales (demora indebida, incompatibilidades, etc.) y su función no puede afectar en modo alguno a los asuntos jurisdiccionales, es decir, al contenido específico de las sentencias judiciales.

Los jueces son también penalmente responsables. Los procesos penales contra un juez se iniciarán, bien ante el Tribunal Superior de Justicia competente o bien ante el Tribunal Supremo, dependiendo de la posición jerárquica del juez en cuestión. Este aforamiento genera ciertas dificultades por el control del CGPJ en los nombramientos de los Presidentes de tales tribunales. Junto a los tradicionales delitos de corrupción (ej., cohecho) pueden incurrir en prevaricación judicial, tanto por dolo como por imprudencia grave e ignorancia inexcusable, cuando dicten una resolución injusta. Esto, a mi juicio, es fundamental. Sin embargo, en los últimos 20 años las condenas a jueces españoles por delitos relacionados con la corrupción son mínimas (prácticamente se pueden contar con los dedos de una mano). Ello se debe a que, al menos a niveles bajos e intermedios, los jueces españoles, en su inmensa mayoría, son verdaderamente ejemplares y en este sentido el sistema español, a mi juicio, es un buen sistema que tiene muchos aspectos positivos. Sin embargo, así como en determinados delitos (como el cohecho o soborno) no hay la más mínima tolerancia (es prácticamente impensable en España que a juez se le ocurra pedir dinero o que a alguien se le ocurra ofrecérselo a cambio de una resolución favorable) en el caso de la prevaricación judicial (prevaricato) quizá debería haber menos flexibilidad. Sería injusto y faltar a la verdad afirmar que en España tenemos un problema con los jueces prevaricadores, pues la inmensa mayoría de ellos hacen su trabajo correctamente pese a la insuficiencia de medios y recursos a su alcance, pero en materia de prevaricación judicial, a nuestro juicio, habría cierto margen de mejora en la práctica. Frecuentemente se ha exigido, a los efectos de afirmar la existencia de una resolución injusta en el delito de prevaricación judicial, que la misma se aparte de la ley de una forma tan manifiesta, patente, grosera u ostensible, que resultaba verdaderamente difícil condenar a un juez por prevaricación.

Sin embargo, no cabe duda de que una de las claves en la lucha contra la corrupción se encuentra en la regulación y aplicación correcta del delito la prevaricación judicial. Los jueces, que han de estar sometidos exclusivamente al imperio de la Ley y ser responsables de sus actos, desarrollan la que quizás sea la función más relevante en un Estado de Derecho,

que no es otra que la tutela y realización del Derecho mismo, sirviendo así de garantía última de los derechos e intereses de los ciudadanos y resolviendo de forma concreta sus conflictos más graves con arreglo a la Ley. Constituyen, por lo tanto, uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el Estado de Derecho e indudablemente ello debe conllevar una correlativa e ineludible responsabilidad, también a nivel penal, de forma acorde con la trascendencia de los valores e intereses en juego.

Cuando un Juez o Magistrado se aparta de la Ley, en un modelo de justicia en el que la única legitimación democrática de su función es su sometimiento escrupuloso a la misma, ataca directamente las bases más esenciales sobre las que se asienta el sistema constitucional. Si los ciudadanos, a través de la Constitución, depositan en los Jueces y Magistrados la función de vigilancia y garantía del Estado de Derecho, resulta inadmisibles, a todas luces, que la exigencia de responsabilidad hacia los mismos se mantenga solo sobre el papel. Si se quiere lograr el bienestar de los ciudadanos resulta preciso hacer una apuesta decidida en contra de la corrupción y, en general, de los comportamientos desviados por parte de los poderes públicos. En este sentido, no debe olvidarse que los preceptos relativos a la prevaricación judicial constituyen una de las garantías fundamentales de nuestro Estado de Derecho y, sobre todo, que la correcta y efectiva aplicación de los mismos es, sin duda, uno de los bancos de prueba esenciales medir la seriedad y fortaleza del mismo.

En el Derecho Penal de Guatemala, la regulación del delito de prevaricación judicial se contiene en el Título XIV (“De los delitos contra la Administración de Justicia”), Capítulo III (“De la prevaricación”) del Código Penal. El art. 462, que contempla la modalidad dolosa de prevaricación judicial, establece: “El Juez que, a sabiendas, dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos, será sancionado con prisión de dos a seis años. Si la resolución dictada consistiese en sentencia condenatoria en proceso penal, la sanción será de tres a diez años”. Por su parte, el art. 463, que contempla la modalidad imprudente de prevaricación judicial, señala: “El Juez que, por negligencia o ignorancia inexcusables, dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales e inhabilitación especial de uno a dos años”. Esta regulación se complementa con una previsión específica de la prevaricación de los Árbitros (art. 464) y de los representantes del Ministerio Público (art. 467).

En el Derecho Penal español, Título XX (“Delitos contra la Administración de Justicia”), Capítulo I (De la prevaricación). La modalidad dolosa del delito de prevaricación judicial se encuentra prevista en el artículo 446 del Código Penal, que establece expresamente: “El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 1. Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su

mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años. 2. Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta. 3. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas”. El artículo 447 del Código Penal español regula la modalidad imprudente del delito de prevaricación judicial en los siguientes términos: “El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

En el Código Penal español, sin embargo, no se contiene una referencia específica a los miembros del Ministerio Fiscal, lo cual supone un grave defecto legislativo, aunque se ha afirmado en ocasiones el comportamiento de los miembros del Ministerio Fiscal podría reconducirse a la prevaricación de los funcionarios públicos prevista en el art. 404 del Código Penal español. En cualquier caso, entendemos que la regulación de la prevaricación judicial en el Código penal de Guatemala es muy correcta e incluso superior en algunos aspectos a la regulación española (ej., en vez de referirse a “resolución injusta” precisa que se trata de resoluciones “contrarias a la ley” o fundadas “en hechos falsos”), pero lo que es imprescindible es que aplique en la práctica. El Derecho más perfecto de nada sirve si solo se queda sobre el papel y no se aplica en la práctica.

En España, uno de los mayores problemas para aplicar el delito de prevaricación judicial ha sido el elemento de la injusticia de la resolución. La pregunta es: ¿Cuándo se puede estimar que una resolución judicial es prevaricadora? El planteamiento teórico de Montesquieu y de los revolucionarios franceses, en el que el Juez aparece como un mero autómatas, no siendo más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, difícilmente puede y debe ser aceptado en la actualidad. Dicho planteamiento, que tuvo su origen en la desconfianza hacia los jueces del Antiguo Régimen y que motivó la creación del Tribunal de Casación francés, ya tuvo que ser matizado por el propio Napoleón, atribuyendo a los Jueces una cierta función interpretativa. Resulta evidente que debe reconocerse a los Jueces y Magistrados la facultad de interpretar la ley, como exigencia indispensable del proceso aplicativo, pero ello desde luego no implica que los mismos puedan hacer lo que quieran, ni que pueden ampararse en doctrinas como la del uso alternativo del Derecho, pues la interpretación judicial ha de tener como regla vinculante la legalidad.

Las diferentes posiciones que se han ensayado en esta materia pueden agruparse fundamentalmente en cuatro teorías: subjetiva, objetiva, mixta y teoría de los deberes, en

función de la mayor o menor importancia que otorgan a la íntima convicción del juez¹². El Código Penal de Guatemala, con acierto desde nuestro punto de vista, se inclina por una posición objetiva, al referirse a “*resoluciones contrarias a la ley*” o fundadas “*en hechos falsos*”. Por contraposición a las posiciones subjetivas, para las posiciones objetivas lo esencial a la hora de valorar el carácter prevaricador de la resolución es su contradicción objetiva con el Derecho. Por lo tanto, lo decisivo no es que el Juez actúe en contra de su personal convicción, sino que la decisión del mismo sea objetivamente contraria a lo establecido por el Ordenamiento jurídico. Esta es la posición absolutamente mayoritaria en la doctrina española. La discusión entre objetivistas, subjetivistas y eclécticos puede encontrarse más acentuada en el ámbito de la doctrina alemana, si bien la mayoría de los autores se han inclinado por la teoría objetiva¹³. Este debate ha sido debido, entre otras razones, a la ausencia de una distinción clara entre lo objetivo y lo subjetivo en la tipificación delictiva de la prevaricación judicial. Así, tanto el antiguo § 336, como el actual § 339 del Código Penal alemán, se han referido al “Juez, otro titular de un cargo oficial o un árbitro que al dirigir o decidir un asunto jurídico tuerza el Derecho culpablemente a favor o en perjuicio de una parte”. En la doctrina española, por el contrario, la diferente configuración típica y la admisión tradicional de la prevaricación imprudente, ha conducido a rechazar los planteamientos subjetivistas. En este sentido, Octavio de Toledo y Ubieto ya advirtió acertadamente que debía negarse la viabilidad tanto de la teoría subjetiva como de la mixta, al reflejar “la imposibilidad de, siquiera, hipotetizar una prevaricación culposa (o imprudente)”¹⁴.

Con todo, este planteamiento objetivo no está libre de dificultades, fundamentalmente a la hora de adoptar un criterio para determinar qué es lo objetivamente contrario a Derecho. Mayoritariamente, se excluyen del ámbito de la prevaricación judicial aquellas resoluciones que son defendibles o justificables en Derecho. De acuerdo con este criterio, el delito de prevaricación judicial extendería su operatividad a aquellos supuestos en que la decisión adoptada sobrepasa los márgenes que otorga el ordenamiento jurídico. Sin embargo, los partidarios de tomar en consideración la conciencia del Juez a la hora de valorar el carácter prevaricador de la resolución estiman que esta teoría presenta dificultades en algunos supuestos, si bien estos autores, a nuestro juicio, parten en su

¹² Sobre estas teorías, véanse, principalmente, OCTAVIO DE TOLEDO, E. *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, pp. 344 y ss; RAMOS TAPIA, M.I. *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2000, pp. 276 y ss.

¹³ Pueden verse, en este sentido, CRAMER, P., en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, 2001, p. 2597; BEMMANN, G./SEEBODE, M./SPENDEL, G., “Rechtsbeugung- Vorschlag einer notwendigen Gesetzesreform”, en *ZRP*, n° 8, Frankfurt a.M., 1997, p. 308; SPENDEL, G., en *StGB. Leipziger Kommentar*, 11 edición, Berlin-New York, 1999, pág. 32; TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 52 edición, München, 2004, pág. 2242, y la bibliografía allí citada.

¹⁴ OCTAVIO DE TOLEDO, E. *La prevaricación del funcionario público*, ob. cit., p. 354. En la misma línea, SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. “Tipo objetivo. Prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación. Comentario a la S.T.S de 15-10-1999 (Sala 2)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año IX, n° 415, Madrid, 1999, p. 3.

planteamiento de una crítica desproporcionada y ficticia hacia la teoría objetiva, incrementando hasta extremos irreales las verdaderas dificultades que presenta.

Una de las objeciones dirigidas a esta teoría es su insuficiencia en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales. Así, se afirma que la teoría objetiva de la interpretación defendible presenta defectos insalvables en aquellos supuestos en que la decisión se encuentra dentro de los límites de discrecionalidad otorgados por la ley, pero se dicta sin tener en cuenta las circunstancias legales para su adopción o con base en motivaciones ajenas a la finalidad de la institución¹⁵. Con ello se pretende hacer caer en el error de pensar que el criterio de la interpretación jurídica defendible posibilitaría, por ejemplo, adoptar una medida cautelar sin tener en cuenta las circunstancias legales para su adopción o de forma contraria a los fines de la misma. Sin embargo, a nuestro modo de ver, resulta evidente que, si un Juez dicta la resolución al margen de las circunstancias legales para su adopción o sin tener en cuenta los fines de la institución de que se trate, dicha resolución no podrá ser considerada como jurídicamente defendible y, ciertamente, para ello no es necesario ponderar la conciencia del Juez. Si del análisis de la resolución y de las circunstancias concurrentes en el caso se deriva que no se cumplieron las exigencias legales o que la resolución adoptada es objetivamente contraria a la finalidad de la institución, nos hallaremos ante una resolución prevaricadora, con independencia de la particular convicción del Juez. Por el contrario, si concurren las exigencias legales para la adopción de la medida y se toma la decisión de forma acorde con la finalidad de la institución, la resolución dictada no será prevaricadora, al margen de la particular conciencia del Juez sobre su adecuación. Es decir, desde las posiciones subjetivas e intermedias se pretenden potenciar las dificultades de la teoría objetiva hasta tal extremo que la crítica, en sí misma, resulta contradictoria. Si se dicta una medida de prisión provisional o preventiva al margen de las exigencias legales para su adopción, ¿cómo puede señalarse que esa resolución no presenta una contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico, que contempla esas exigencias?; ¿cómo puede afirmarse que esa resolución es jurídicamente defendible? En realidad, se desea encontrar argumentos para que se pondere la inaprehensible conciencia del Juez, cuando en realidad no resulta necesario.

Otra de las objeciones que se dirigen a la teoría objetiva de la interpretación defendible hace referencia a la valoración judicial de la prueba¹⁶. Normalmente dicha crítica tiende a efectuarse sin advertir que las normas que rigen el proceso y la actuación del Juez o Magistrado en el mismo pertenecen al Derecho objetivo. Con base en ello se argumenta que a la teoría objetiva no le queda más remedio que acudir a la contrariedad de los hechos

¹⁵ Véase, en este sentido, RAMOS TAPIA, M.I. *El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., p. 304.

¹⁶ Véase, principalmente, RAMOS TAPIA, M.I. *El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., pp. 306 y ss.

probados con los verdaderamente acaecidos en la realidad, para señalar a continuación, por ejemplo, que hay supuestos en que las normas procesales impiden la apreciación de pruebas que han sido obtenidas ilegalmente¹⁷. Esta conclusión, que en coherencia debería conducir precisamente a relativizar los aspectos pertenecientes a la conciencia del Juez, se utiliza, por el contrario, para argumentar que es necesario ponderar su propio convencimiento. Incluso los que reconocen que la teoría objetiva puede partir de la observancia de las normas procesales como normas de Derecho objetivo, entienden que el criterio de la discrepancia entre los hechos que se han declarado probados y aquellos que deberían haberse declarado como probados, criterio perfectamente aceptable a nuestro juicio, resulta inadmisibles por las dificultades que presenta ponerlo en práctica¹⁸. Se afirma, en este sentido, que ello exigiría la reproducción en la causa penal del proceso en que se dictó la resolución supuestamente prevaricadora para comprobar si la apreciación de la prueba hecha por el Juez es la correcta¹⁹. Para vencer esta supuesta dificultad, en nuestra opinión superable en la práctica por medio de un estudio de las pruebas en las que se ha basado la resolución, y más teniendo en cuenta la posibilidad actual de grabaciones y otros medios audiovisuales, se propone indagar en la conciencia del Juez, como si este nuevo criterio no presentase dificultades aún mayores en la práctica. A nuestro juicio, atacar un criterio objetivo por las supuestas dificultades que presenta en la práctica, proponiendo como alternativa un criterio subjetivo fundado en la necesidad de probar la conciencia del Juez o Magistrado, no parece lo más acertado.

Otro de los reproches que se formulan a la teoría objetiva, quizá el menos injustificado, se refiere al supuesto de las normas multívocas, es decir, aquellas normas que admiten diversas interpretaciones. Nuevamente se parte, a la hora de efectuar esta crítica, de que los métodos jurídicos y las reglas procesales previstas por el ordenamiento para aplicar el Derecho pueden ser desatendidos por las posiciones objetivas. También se adopta como premisa, equivocada desde nuestro punto de vista, la consideración de que tan solo puede existir una resolución justa y conforme a Derecho para cada supuesto, por lo que las demás resoluciones posibles en el marco de la ley serían prevaricadoras. Agravado otra vez el problema, se quiere dar a entender que con arreglo a la teoría objetiva cualquier entendimiento de los preceptos legales sería admisible, por lo que no podría dar lugar al delito de prevaricación. Sin embargo, el criterio objetivo, insistimos, no implica que cualquier interpretación más o menos aislada o fraudulenta de los preceptos legales sea jurídicamente admisible. La interpretación deberá ser acorde, no sólo con la Constitución, sino también con los criterios de interpretación comúnmente admitidos. En este sentido, desde Savigny se

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ibidem.*

acepta que los criterios o elementos de la interpretación (gramatical, lógico, histórico, sistemático, sociológico, teleológico) no son diferentes clases entre las cuales puede cada uno elegir a su antojo, sino diversas actividades que tienen que estar reunidas para que la interpretación tenga éxito²⁰. Por lo tanto, no es cierto que dentro de la teoría de la resolución defendible “todo vale”, si bien es preciso reconocer la dificultad derivada de la inexistencia de una jerarquía segura entre los criterios interpretativos, y de ahí que haya que contar con que la actividad interpretativa, por rigurosa que sea, puede conducir a resultados diversos. Es decir, no puede descartarse que la interpretación pueda dar lugar a más de una solución admisible en Derecho, y no por ello una solución es la única correcta y las demás pueden calificarse de prevaricadoras. A pesar de ello, consideramos que este criterio objetivo mantiene el ámbito de aplicación del delito de prevaricación judicial dentro de unos límites razonables, y más teniendo en cuenta la existencia de un sistema de recursos y de instituciones como la abstención y la recusación, dirigidas a garantizar la imparcialidad de los Jueces y Magistrados.

También plantean dificultades las expresiones “a sabiendas” y “por negligencia o ignorancia inexcusables”. A nuestro juicio, la expresión “a sabiendas” se refiere al dolo en sus distintas modalidades (directo en primer grado, directo en segundo grado y eventual)²¹. Desde un punto de vista gramatical, y en sentido propio, dicha alusión hace referencia al saber y, por lo tanto, al conocimiento que ha de tener el Juez o Magistrado de que está dictando una resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos. Sin embargo, aun aceptando la necesidad de que el Juez o Magistrado tenga conciencia o advertencia de esas circunstancias, la expresión “a sabiendas” en ningún caso prejuzga el grado de certeza de ese conocimiento²². Es decir, si de la expresión “a sabiendas” pudiera inferirse que exige no solo saber, sino saber con certeza, plantearía dificultades ir más allá del dolo directo y defender su compatibilidad con el dolo eventual, pero dicha alusión no requiere un conocimiento de

²⁰ Véase, por todos, LARENZ, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Rodríguez Molinero, Barcelona, 2001, pp. 308 y ss.

²¹ Para actuar dolosamente no basta, desde nuestro punto de vista, con el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, sino que es necesario, además, la voluntad de realizarlos, es decir, querer realizarlos. Pero este querer no hay que confundirlo con los deseos o móviles últimos del sujeto. En alguna ocasión pueden coincidir, como en el caso del sujeto que mata por el placer de matar o del cleptómano que hurta en el centro comercial por el placer de hurtar, pero en muchos otros casos no coincidirán. Así, cuando un Juez o Magistrado dicta una resolución contraria a Derecho, es probable que su móvil último no sea el de prevaricar, sino, por ejemplo, el de evitar que, ante el transcurso del tiempo máximo de prisión provisional, el imputado quede libre y se sustraiga a la acción de la justicia, pero no por ello deja de tener voluntad de dictar una resolución contraria a Derecho. Es decir, que sus móviles o deseos últimos sean otros no es incompatible con el comportamiento doloso, ni con la exigencia de conciencia y voluntad en el dolo. En atención a la mayor o menor intensidad con la que concurren los elementos del dolo puede distinguirse entre el *dolo directo en primer grado*, en el que el propósito del sujeto es realizar el tipo objetivo del delito; *dolo directo en segundo grado*, en el que el sujeto advierte como segura la realización del tipo objetivo y, aun cuando no la persigue directamente, la acepta; *dolo eventual*, en el que el sujeto advierte como probable la realización del tipo objetivo y, aun cuando no la persigue directamente, la asume, admitiendo su eventual realización.

²² Ya en este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, E. *La prevaricación del funcionario público*, ob. cit., p. 371.

esas características. A ello se añade que el “saber” y el “querer” en el Derecho penal son conceptos esencialmente normativos con gran flexibilidad, en la medida en que hay que relacionarlos con la función de protección de bienes jurídicos, y en este sentido dichos conceptos también se predicen del que actúa o deja de actuar a pesar de haber captado el peligro.

Como ya puso de manifiesto Octavio de Toledo y Ubieto en relación con el artículo 358 del anterior Código Penal español, la función del “a sabiendas” no es otra que trazar una frontera entre todo lo doloso (incluido el dolo eventual) y todo lo imprudente²³. Esta interpretación, efectivamente, nos parece la más sensata, pues desde el momento en el que el artículo 463 castiga la conducta realizada por imprudencia o ignorancia inexcusables, las restricciones del dolo sólo pueden dar lugar a contradicciones valorativas y sistemáticas, como lo son dejar impunes acciones más graves y simultáneamente castigar conductas más leves, o reconducir los supuestos de dolo eventual a la imprudencia. La expresión “a sabiendas” ni debe identificarse con un especial elemento subjetivo del tipo, ni tampoco con el dolo directo, provocando indisolubles contradicciones valorativas y sistemáticas. Se refiere, sencillamente, al dolo común en sus distintas modalidades, cuya falta de concurrencia encontrará continuidad sin interrupciones en la imprudencia. Desde la perspectiva adoptada en la interpretación de la resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, la inclusión del dolo eventual no sólo resulta posible sino también conveniente desde un punto de vista político criminal. De este modo, cuando el Juez advierta que es probable que su decisión sobrepase los límites del Derecho y, a pesar de ello, decida dictarla, conformándose con ello, le será de aplicación el tipo doloso de prevaricación judicial.

Por su parte, el art. 463 del Código Penal de Guatemala se refiere a la “negligencia o ignorancia inexcusables”. La doctrina científica en España, de forma casi unánime, consideraba que, con esa expresión, contenida en el anterior Código penal español, se aludía a la imprudencia temeraria o imprudencia grave²⁴. En efecto, a nuestro juicio, la función de la referencia legal es excluir del ámbito de aplicación del precepto aquellos supuestos que no sean graves. En el art. 463 del Código Penal de Guatemala, por lo tanto, se castigan los supuestos de imprudencia grave, consistentes en la omisión de la diligencia más elemental, es decir, aquella que con un mínimo de diligencia e interés por parte del Juez podría haber sido superada. Dicha interpretación, además, resulta preferible en orden a la compatibilidad de la norma con el principio de intervención mínima.

²³ OCTAVIO DE TOLEDO, E. *La prevaricación del funcionario público*, ob. cit., p. 372.

²⁴ Véase, en este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, E. *La prevaricación del funcionario público*, ob. cit., pp. 359 y ss, y la bibliografía allí citada.

Otra de las cuestiones que puede adquirir trascendencia en este ámbito es la relativa a la configuración del deber de cuidado, cuya infracción caracteriza a la imprudencia. Superado el concepto psicológico de la imprudencia, sobre todo por su llamativo fracaso en los supuestos de culpa inconsciente, actualmente es mayoritaria la concepción normativa, en la que la infracción del deber de cuidado aparece como elemento esencial. Sin embargo, existe una discusión en torno a la naturaleza de ese deber. Mayoritariamente se distingue entre un deber objetivo de cuidado (referido a un hombre medio diligente en la misma posición del autor) y un deber subjetivo (relativo al poder individual del sujeto de observar el cuidado objetivamente debido), estimando que el primero pertenece al tipo, de tal forma que las acciones conformes a ese deber serían atípicas, y el segundo a la culpabilidad. Sin embargo, en los últimos años se está extendiendo la tesis que se inclina por la consideración exclusiva de un deber subjetivo de cuidado. Bajo esta concepción se defiende que a quien tiene una capacidad de rendimiento superior al participante habitual en el tráfico se le debe exigir más, de tal modo que si produce un resultado por no utilizar esas capacidades debe ser castigado por imprudencia²⁵. Ciertamente la diferencia entre ambas concepciones es menor de lo que en ocasiones se quiere hacer ver, hasta el punto de que puede decirse que se trata de una discusión un tanto artificial. Ello es lógico, pues desde una concepción objetiva no puede pretenderse aplicar el mismo criterio a todas las personas, sino que se acude al baremo de un hombre diligente situado en la misma posición del autor, teniendo en cuenta su nivel cultural, profesional, etc. Pero tampoco desde una concepción subjetiva del deber de cuidado se puede pretender exigir a una persona que, por ser el mejor Magistrado, cuyas resoluciones son objeto de culto por los demás juristas, deba incurrir en responsabilidad criminal porque un determinado día, sin proponérselo, no estuvo a la altura de sus extraordinarias aptitudes y habilidades, y no se dio cuenta de algo de lo que podía no haberse dado cuenta cualquier otro jurista de reconocido prestigio.

En conclusión, la regulación legal de la prevaricación judicial en el Código penal de Guatemala es, desde nuestro punto de vista, una regulación adecuada, que, interpretada correctamente, posibilita otorgar a este delito un ámbito de aplicación razonable. Sin embargo, no debe olvidarse, como ya se ha señalado, que de nada sirve la regulación técnicamente más perfecta si al final se queda sobre el papel, condenada a la inaplicación, algo que no debería suceder.

Por lo que se refiere al Ministerio Fiscal (denominado Ministerio Público en Guatemala), de acuerdo con el art. 124 de la CE, el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia

²⁵ Sobre esta problemática, véanse, por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, M. *El delito imprudente*, 2ª edición, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 127 y ss; GUIASOLA LERMA, C. *La imprudencia profesional*, Valencia, 2005, en particular, pp. 42 y ss.

jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. Las normas básicas que rigen la Fiscalía española están previstas en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF). El Fiscal General es el director del Ministerio Fiscal y tiene autoridad en todo el territorio español. De acuerdo con el art. 124. 4 de la CE es nombrado a propuesta del Gobierno. Esto genera gran inquietud en cuanto al grado de independencia y autonomía operativa del MF, y más cuando el nombramiento recae en una persona próxima al Gobierno, como ha sucedido con la actual Fiscal General, que fue la anterior Ministra de Justicia de este Gobierno. Es esencial que a nivel del caso individual, el Ministerio Fiscal tenga suficiente autonomía para tomar decisiones independientes de la dirección ejecutiva o gubernamental. Y mucho más ahora que se está planteando atribuir a los fiscales la instrucción de las causas penales. De aprobarse esta reforma, el Ministerio Fiscal debe ser independiente como lo son los jueces de instrucción en España.

En lo que se refiere a la autonomía económica, el presupuesto del MF es parte del presupuesto del Ministerio de Justicia. El tema de la autonomía económica del Ministerio Fiscal es claramente un tema problemático. Debería haber, bien un presupuesto aparte para la Fiscalía o bien debería estar cubierto por una partida separada si siguiera siendo parte del presupuesto del Ministerio de Justicia. Asimismo, según las disposiciones existentes, le corresponde al Ministerio de Justicia decidir las asignaciones de personal en las distintas fiscalías, incluyendo las que están especializadas en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado. El Fiscal General debería poder administrar su propia oficina.

Actualmente, el Fiscal General depende financieramente del Ministerio. Sin embargo, la autonomía de gestión representa una de las garantías de la independencia y eficiencia del Ministerio Fiscal.

El ingreso en la carrera fiscal muy similar a la carrera judicial, por lo que es muy exigente y el nombramiento es vitalicio. En cuanto a la promoción en la carrera sucede algo parecido que en la judicial. A nivel bajo y medio criterios objetivos y antigüedad, pero a niveles altos el Fiscal General y el Gobierno juegan un papel preponderante en el nombramiento de los altos cargos de la jerarquía y las fiscalías especializadas. Los fiscales son grandes profesionales y muy formados, pero su dependencia jerárquica con respecto a los superiores y el hecho de que el nombramiento de estos tenga tanta influencia el Gobierno es un importante problema.

Los fiscales están sujetos a un estricto régimen de incompatibilidades comparable al de los jueces y deben abstenerse por las mismas razones que los jueces: por ejemplo, parentesco, amistad o enemistad con las partes y participación en las etapas anteriores del litigio. Una persona física (una parte interesada en el caso en cuestión) puede pedir la

inhabilitación de un fiscal. Es responsabilidad del fiscal superior el reasignar el caso a otro fiscal.

Como era el caso para los jueces, la práctica de pedir u ofrecer dinero o costosos regalos a un fiscal no es ni común ni tolerada en España. Es prácticamente impensable. En cuanto a la responsabilidad penal, como los jueces, pueden incurrir en las diferentes figuras de corrupción pública (ej., incumplimiento del secreto profesional, cohecho...). Existen infracciones y sanciones disciplinarias similares a las de los jueces. Sin embargo, a diferencia de los jueces, no se prevé expresamente la prevaricación de los fiscales, aunque algunos han considerado que podría incluirse en la prevaricación administrativa. En cualquier caso, como se ha propuesto para los jueces, tampoco estaría de más la exigencia de presentación de declaraciones de bienes y financieras.

En conclusión, consideramos que el sistema judicial español, pese a los defectos que han sido puestos de manifiesto y que deben corregirse, tiene aspectos muy positivos que, con las debidas adaptaciones y matices, podrían mejorar de manera relevante la situación de Guatemala en materia de corrupción. En particular, el sistema general de acceso a la carrera judicial y fiscal, muy exigente, y el hecho de que obtienen una plaza fija para toda la vida y un salario no muy elevado, pero sí suficiente, limita enormemente las posibilidades de corrupción, aunque solo sea porque nadie, o prácticamente nadie, se va a arriesgar a perder un puesto de trabajo para toda la vida que le ha costado mucho esfuerzo obtener. El pacto tácito es el siguiente: quizá yo no te pago todo lo que merecerías, teniendo en cuenta tu esfuerzo, mérito, capacidad y cualificación, pero te garantizo un sueldo digno y un puesto de trabajo para toda la vida y, si lo realizas correctamente, puedes vivir tranquilo y no tienes de qué preocuparte. Ahora bien, si descubro que has cometido una grave irregularidad (ej., pedir u obtener dinero a cambio de dictar una resolución favorable) irremediamente te condenaré y te apartaré de la carrera judicial o fiscal. Si ese pacto se traslada al resto de los funcionarios judiciales y a la policía y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como sucede en España, la corrupción es estos ámbitos, al margen de índices de percepción social (pues no hay que confundir la percepción con la realidad) o del sensacionalismo por parte de algunos medios de comunicación, pasa a convertirse en algo excepcional. No creo que las leyes de Guatemala sean peores que las leyes de España, como lo hemos podido comprobar en materia de prevaricación o prevaricato judicial. Tampoco creo que los españoles sean ni más ni menos tramposos o deshonestos que los guatemaltecos, pero en España es prácticamente impensable que un policía, un fiscal o un juez pida o reciba dinero a cambio de adoptar una decisión favorable o de “mirar hacia otro lado” y eso, a mi juicio, se debe fundamentalmente al pacto mencionado. Creo que no es tan difícil de entender.

Derechos de Autor (c) 2022 Félix M^a. Pedreira González



Este texto está protegido por una licencia [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Usted es libre para Compartir —copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato— y Adaptar el documento —remezclar, transformar y crear a partir del material— para cualquier propósito, incluso para fines comerciales, siempre que cumpla la condición de:

Atribución: Usted debe dar crédito a la obra original de manera adecuada, proporcionar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que tiene el apoyo del licenciante o lo recibe por el uso que hace de la obra.

[Resumendelicencia](#) - [Textocompletodelalicencia](#)