

Honorable
Diputado Rodolfo Moisés Castañón Fuentes
Presidente Comisión Extraordinaria
Congreso de la República de Guatemala

Honorable diputado presidente:

Con motivo de la convocatoria pública realizada por esta Comisión Extraordinaria, con motivo de dar cumplimiento a la sentencia contenida en el expediente 2951-2017 de la Honorable Corte de Constitucionalidad, la Asociación Pensamiento Penal comparece para realizar sus consideraciones sobre el artículo 407 “N” del Código Penal el cual es objeto de la citada resolución.

El análisis presentado estará estructurado de la siguiente forma:

- Consideraciones preliminares de la Corte de Constitucionalidad
- Diferenciación entre sanciones administrativas y penales
- Propuesta de reforma

Consideraciones preliminares de la Corte de Constitucionalidad

La Corte de Constitucionalidad en el Considerando VIII inciso B) de la resolución del expediente citado indica:

*“(...) Se exhorta al Organismo Legislativo y a sus diputados para que luego del estudio de esta sentencia y de brindar participación a diferentes sectores de la sociedad, produzcan el proceso legislativo que pueda conllevar a la reforma del segundo párrafo del Artículo 407 N del Código Penal –cuestionado en esta acción–, conforme las consideraciones de este fallo y tomando en cuenta **los principios de proporcionalidad, racionalidad y justicia** que debe revestir toda norma penal. Además, establezcan los elementos diferenciadores de la conducta administrativa contenida en la Ley Electoral*

y de Partidos Políticos y el tipo penal contenido en el segundo párrafo del Artículo 407 N, del Código Penal (...)". (Negrilla y subrayado propio)

El artículo a estudio, es el mencionado 407 "N" del Código Penal que establece:

"La persona individual o jurídica que aporte, reciba o autorice recibir recursos destinados al financiamiento de organizaciones políticas o sus candidatos, con motivo de actividades permanentes, de campañas y eventos electorales, a sabiendas que dichos aportes o recursos provienen del crimen organizado, lavado de dinero o cualquiera otra actividad calificada como delito por el Código Penal y demás leyes conexas, será sancionado con prisión de cuatro a doce años inmutables y multa de doscientos a quinientos mil quetzales.

Se considera asimismo, financiamiento electoral ilícito, toda contribución recibida en forma anónima, y las que no se registren en el libro contable que para el efecto deberá llevar la organización política. La sanción se incrementará en dos terceras partes cuando el delito sea cometido por quien ejerza empleo, cargo público o cargo de elección popular".

El texto resaltado, sobre el cual se presentó la inconstitucionalidad y que deriva en su exhorto, es el sujeto de estudio para una mejor redacción con el objeto de cumplir con los requerimientos expresados en la parte conducente de la sentencia. Atendiendo al principio de proporcionalidad, racionalidad y justicia, se debe separar cada supuesto con el objeto de regular la pena correspondiente en proporción al bien jurídico tutelado y la lesión al mismo.

Además, dentro de la resolución se hace referencia a la necesaria delimitación para las sanciones administrativas y penales a aplicar a las organizaciones políticas, personas individuales o jurídicas y miembros de estos que incurran en prácticas contrarias a la correcta financiación electoral.

- Diferenciación entre sanciones administrativas y penales

Resulta indudablemente importante puntualizar que el Derecho Penal, siendo la más evidente manifestación de la potestad punitiva estatal, debe ser el último instrumento al que la sociedad debe recurrir al proteger determinados bienes jurídicos, esto en razones

de utilidad, ya que cuando existan formas de control menos lesivas que no priven bienes jurídicos, o, los afecten mínimamente, las mismas deben preferirse, con el fin de evitar recurrir a la coerción penal cuyo instrumento es la pena, la cual es la manifestación del mecanismo más violento del Estado. El principio de mínima intervención o *ultima ratio* tiene indiscutiblemente una fundamentación de carácter político, ya que, la decisión de intervenir constituye una determinación del legislador, dentro del marco de un Estado democrático de Derecho.

Por lo que, el criterio de legitimidad en la intervención del Derecho Penal dentro de una sociedad radica en su eficacia instrumental en la prevención de la comisión de delitos, así como también, en la limitación de la reacción informal que puede provenir de las propias víctimas frente a los autores de delitos, es por eso, que el ejercicio del instrumento punitivo debe fundamentarse primordialmente en el consenso social, exigencia que debe ser observada cuando los legisladores en su actividad político-jurídica seleccionen al Derecho Penal como el medio estatal de poder indispensable para la conservación de la paz social. Es decir, corresponde al Derecho Penal realizar la determinación de su intervención, teniendo presente que la misma supone el ejercicio de violencia, que, a pesar de ser institucionalizada, debe limitarse con el fin de reducirla hasta lo estrictamente necesario. De ahí que el Derecho Penal debe limitar su actuación a las situaciones en donde el Derecho y su función de prevención general, que se realiza mediante las sanciones reparatoras, no surte el efecto preventivo y la repetición de esas conductas se considera intolerable para la seguridad jurídica, siendo ineludible la necesidad de recurrir a una coerción preventiva especial resocializadora, cuya principal manifestación es la pena.

El Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador son dos claras manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, ambos son instrumentos con los que cuenta el Estado para la protección y resguardo de ciertos valores y bienes constitucionales, para que de esa manera el Estado pueda cumplir con su función constitucional de protección de la persona humana y de promoción del bien común. Sin embargo, existe un espacio que es inherente al Derecho Penal, en donde el Derecho

Administrativo sancionador no tiene cabida, y, otro espacio en donde se siguen criterios de eficacia y oportunidad para determinar que conductas serán sancionadas por la vía del Derecho penal o administrativo, ya que la sanción del derecho administrativo sancionador, a pesar de ser una manifestación de la potestad punitiva estatal, solo participa parcialmente del fin de la pena, ya que el mismo es un complejo normativo que tiene naturaleza compuesta en razón de que sus sanciones cumplen una función reparadora, pero también una preventivo-especial.

En contraposición se encuentra la sanción penal, que busca la prevención especial resocializadora de la persona para reforzar la motivación de la misma en la norma para la realización de conductas futuras; por lo que el legislador debe someterse a ciertos límites al configurar el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador en los que se deben considerar las funciones y deberes que el ordenamiento jurídico le ha impuesto al Estado como promotor del bien común y protector de la persona humana, así como elementos empíricos, entre los cuales se encuentran la *valoración ética-social de las conductas* y *el contenido de la voluntad de estas, sean dolosas o culposas; que deben encuadrarse en determinada conciencia ética-social presente en la realidad jurídico-penal*; de lo que deriva que el legislador tendrá que tener presente, en todo momento, la relación directamente proporcional entre la intensidad de la limitación que se impone a un derecho fundamental y el objetivo constitucional válido que se busca perseguir.

Dado el hecho de que la gravedad de no registrar una contribución o aportación en un libro contable que debe llevar una organización política puede determinarse de acuerdo al contenido de la voluntad -dolo o imprudencia- que rige dicha conducta. El Derecho Penal solamente intervendrá cuando la conducta sea realizada con la plena cognición y volición necesarias para constituirse en una conducta dolosa, ya que estaría en juego un bien jurídicamente valioso, como lo es *el principio democrático de la representación y la garantía de condiciones iguales en la competencia política*: es decir que el elemento doloso es el basamento que determina la intervención del Derecho Penal, ya que en estas situaciones se puede estimar que la puesta en peligro o afectación de dicho bien jurídico relevante generarían repercusiones de fuerte intensidad dentro del contexto

histórico-cultural en el que se manifiestan. Entonces, si esta conducta se realiza imprudentemente -sin la observancia del debido deber de cuidado- el interés en juego es de la Administración, lo que justificaría la intervención del Derecho Administrativo sancionador, contenido para este caso en los artículos 21 Ter y 90 literal g de la Ley Electoral y de Partidos Políticos.

En definitiva, el legislador al definir el contenido del delito discutido, en base al principio de mínima intervención o *ultima ratio* del Derecho Penal se debe *enmarcar dentro de determinado contexto jurídico y político plasmado en la Constitución, y en el contenido de la voluntad que determina la forma de afectación al bien jurídico relevante*, para diferenciarlo del contenido de la infracción administrativa, ya que ambos contenidos son manifestaciones del poder que tiene el Estado para reprimir conductas, sujeto a límites constitucionales, en donde la proporcionalidad se constituye como el elemento esencial.

- Propuesta de reforma

Con base en las observaciones anteriores, se concluye:

- Las sanciones administrativas no son excluyentes de sanciones penales cuando, aparte de infringir procedimientos establecidos, se lesionan bienes jurídicos tutelados.
- Las sanciones administrativas en materia electoral recaen sobre las organizaciones políticas (suspensión, cancelación, multa, etc.), esto no excluye la comisión de delitos en el mismo.
- El Tribunal Supremo Electoral tiene la facultad de imponer las sanciones administrativas contenidas en la Ley Electoral y de Partidos Políticos, sin embargo, al ser constitutivas de delito, se debe perseguir penalmente a los responsables.

- En el tipo penal analizado, cualquier persona individual o jurídica es el sujeto activo del mismo, y cuenta con un sujeto activo calificado quien ejerza empleo, cargo público o cargo de elección popular.
- En el segundo párrafo, en su redacción actual, se encuentran los supuestos de:
 - a) Es financiamiento electoral ilícito toda contribución recibida en forma anónima.
 - b) Es financiamiento electoral ilícito toda contribución que no se registren en el libro contable que para el efecto deberá llevar la organización política.
- Al ser parte del mismo tipo penal, su pena es de cuatro a doce años incommutables y multa de doscientos a quinientos mil quetzales.
- Contiene el agravante de incrementar en dos terceras partes cuando el delito sea cometido por quien ejerza empleo, cargo público o cargo de elección popular.

Por lo anterior, se realiza la siguiente propuesta de reforma:

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA,

CONSIDERANDO:

Que es deber del Estado garantizarles a los habitantes de la República la justicia y la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

CONSIDERANDO:

Que el proceso electoral y la pureza de este deben ser garantizados en condiciones de igualdad y transparencia como pilar de la democracia

CONSIDERANDO:

Que es necesario los delitos en materia electoral deben cumplir los principios de proporcionalidad, racionalidad y justicia.

POR TANTO,

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 171, literal a) de la Constitución Política de la Republica de Guatemala,

DECRETA,

La siguiente:

Reforma al Decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal,

Artículo 1.- Se reforma el artículo 407 N del Código Penal, el cual queda así:

Artículo 407 N.- Financiamiento electoral ilícito. La persona individual o jurídica que aporte, reciba o autorice recibir recursos destinados al financiamiento de organizaciones políticas o sus candidatos, con motivo de actividades permanentes, de campañas y eventos electorales, a sabiendas que dichos aportes o recursos provienen de la delincuencia organizada, lavado de dinero o cualquiera otra actividad calificada como

delito por el Código Penal y demás leyes conexas, será sancionado con prisión de cuatro a doce años inconvertibles y multa de doscientos a quinientos mil quetzales.

También comete el delito de financiamiento electoral ilícito toda persona, individual o jurídica, que aporte, reciba o autorice recibir contribuciones en forma anónima. Así mismo, se incurre en la comisión de este delito, al no registrar en el libro contable que para el efecto deberá llevar la organización política, cualquier recurso o contribución destinada a su financiamiento. El responsable será sancionado con prisión de tres a nueve años.

Las sanciones descritas se incrementarán en dos terceras partes cuando el delito sea cometido por empleado o funcionario público, además de la inhabilitación absoluta al responsable.

Artículo 2.- El presente decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el diario oficial.

Dado en el palacio del Organismo Legislativo, en la ciudad de Guatemala a _____ días del mes de _____ dos mil dieciocho.