

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**CREACIÓN DE TIPOS DELICTIVOS, POR EL USO INDEBIDO DE LA INTERNET, EN
LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**

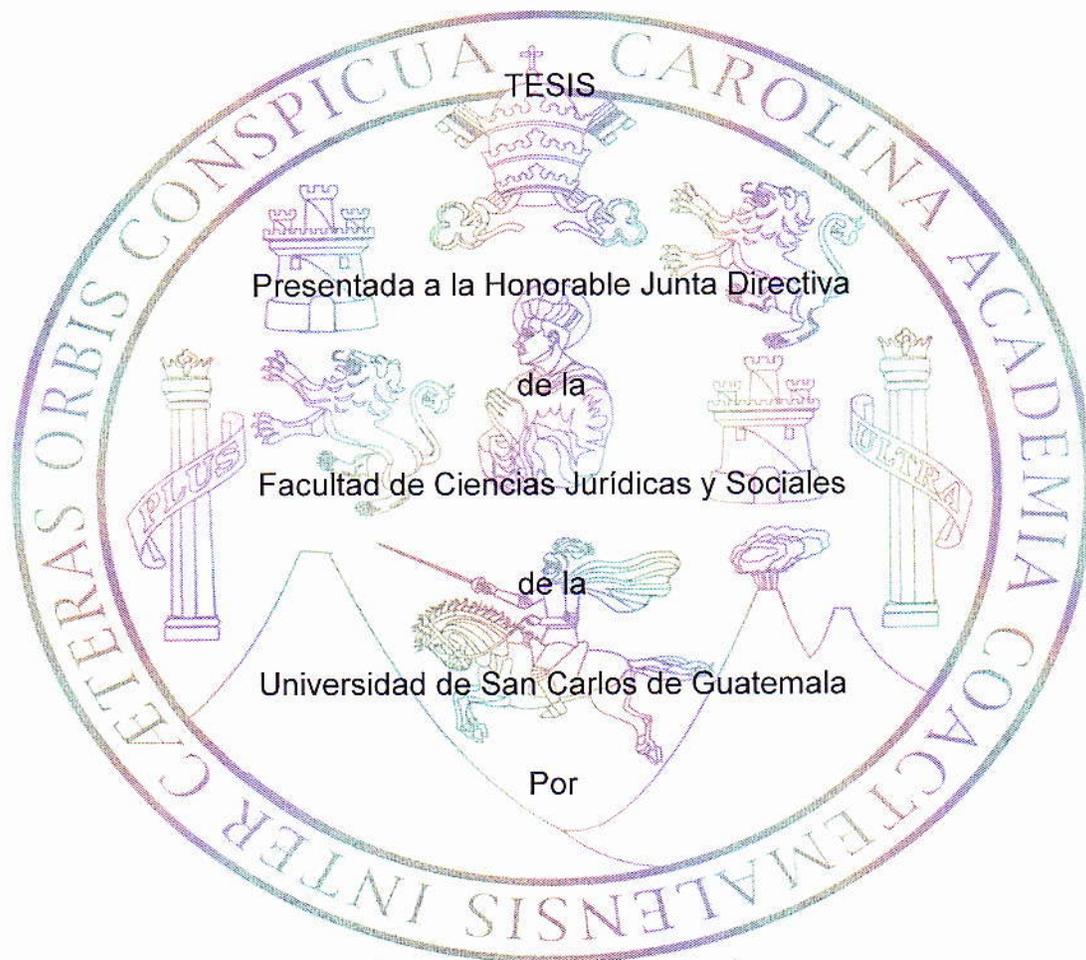


MARÍA ESTHER BURGOS LÓPEZ

GUATEMALA, AGOSTO 2,013

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**CREACIÓN DE TIPOS DELICTIVOS, POR EL USO INDEBIDO DE LA INTERNET, EN
LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**



MARÍA ESTHER BURGOS LÓPEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto 2, 2013

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Rodolfo Giovanni Celis Lopez
Vocal: Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos
Secretario: Lic. Héctor David España Pinetta

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Rosalba Corzantes Zuñiga de Muñoz
Vocal: Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez
Secretario: Lic. David Sentes Luna

Razón: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

BUFETE PROFESIONAL

LIC. WALTER PÉREZ FIGUEROA
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 06 de septiembre de 2012.

Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Distinguido Doctor:

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que en mi calidad de Asesor de Tesis de la Bachiller **MARÍA ESTHER BURGOS LÓPEZ** he procedido a asesorar metódica y técnicamente a la estudiante en el desarrollo de su tesis titulada: **"CREACIÓN DE TIPOS DELICTIVOS, POR EL USO INDEBIDO DE LA INTERNET, EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA"**.

EXPONGO:

- A) El contenido científico y técnico del trabajo de investigación, trata sobre la falta de regulación penal en los hechos delictivos que se cometen por el uso indebido de la internet en la República de Guatemala.
- B) En el desarrollo y preparación del trabajo de tesis, la sustentante utilizó métodos de investigaciones diversas, como lo son el método analítico, el método de síntesis y el método inductivo, deductivo, asimismo utilizó variedad de técnicas de investigación y se apoyó en extensa bibliografía.
- C) Se corroboró la utilización correcta y docta del lenguaje y el léxico técnico jurídico propio de un profesional de las ciencias jurídicas.
- D) Respecto a la contribución científica, surge de la necesidad de incluir en la legislación penal guatemalteca los tipos delictivos que se cometen por el uso indebido de la internet y que en nuestro país no se encuentran regulados de manera clara y precisa, por lo que es de gran importancia considerar el estudio realizado para darle a la población guatemalteca seguridad al momento de utilizar las herramientas de la internet que en la actualidad son de gran utilidad y necesidad.

BUFETE PROFESIONAL

LIC. WALTER PÉREZ FIGUEROA

ABOGADO Y NOTARIO



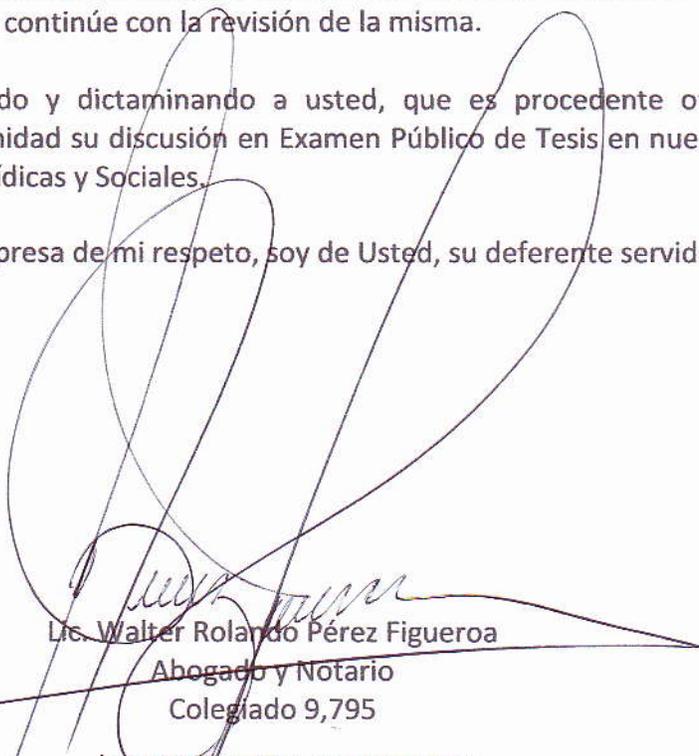
E) La estructura y contenidos del trabajo de tesis realizado por la sustentante reúne y satisfacen plenamente todos los requisitos reglamentarios y de aportación científica a las ciencias jurídicas, tratando un tema de importancia, actualidad y valor para la práctica jurídica, esgrimiendo justificaciones y argumentos válidos, siendo la base para formular las conclusiones y recomendaciones concretas que convierten el trabajo de tesis en material dable a la discusión de normativas específicas que pueden traducirse en cambios notorios.

F) La bibliografía utilizada por la Bachiller es congruente, objetiva y actualizada, ya que esto es de suma importancia en la elaboración de la tesis. El tema desarrollado presenta un derecho especial que todo guatemalteco necesita por lo que se hace necesario su estudio y reconocimiento, ya que dichos actos son punibles en las diferentes legislaciones comparadas protegiendo los derechos de la población.

G) Se cumple con los requisitos plasmados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de nuestra Facultad. De lo expuesto me permito extender **DICTAMEN FAVORABLE** al trabajo de mérito y se continúe con la revisión de la misma.

H) Concluyo informando y dictaminando a usted, que es procedente ordenarse su revisión y en su oportunidad su discusión en Examen Público de Tesis en nuestra gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Con la manifestación expresa de mi respeto, soy de Usted, su deferente servidor.


Lic. Walter Rolando Pérez Figueroa

Abogado y Notario

Colegiado 9,795

LICENCIADO WALTER ROLANDO PÉREZ FIGUEROA

ABOGADO Y NOTARIO

1era Calle 3-84 Zona 3, Chimaltenango

wperezfigueroa@yahoo.es

Tel. 5988-4213



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 25 de septiembre de 2012.

Atentamente, pase al LICENCIADO VICTOR RAÚL ROCA CHAVARRÍA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante MARÍA ESTHER BURGOS LÓPEZ, intitulado: "CREACIÓN DE TIPOS DELICTIVOS, POR EL USO INDEBIDO DE LA INTERNET, EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyr

Lic. Victor Raúl Roca Chavarría

Abogado y Notario
4ta Calle 4-108 "A" Zona 3 Chimaltenango
Teléfono 52154148



Guatemala, 24 de mayo de 2013.

Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Distinguido Doctor Mejía Orellana:

En cumplimiento del nombramiento como Revisor de Tesis, de la Bachiller **MARÍA ESTHER BURGOS LÓPEZ**, me dirijo a usted, con el objeto de informar sobre mi labor y expongo lo siguiente:

El trabajo de tesis se denomina: **"CREACIÓN DE TIPOS DELICTIVOS, POR EL USO INDEBIDO DE LA INTERNET, EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA"**.

En el desarrollo de la revisión del trabajo de tesis relacionado, se discutieron algunos puntos en forma personal con la autora, realizándose los cambios y correcciones que la investigación requirió para lograr el objetivo de la presente investigación.

En el contenido científico y técnico de la tesis, es necesario mencionar que el mismo cumple con lo requerido, puesto que su finalidad es desarrollar la función de nuestra normativa en el desarrollo de la tecnología que es este caso se refiere a la Internet.

La sustentante utilizó métodos de investigación diversos, como lo son el método analítico y el método inductivo, deductivo, apoyado en las técnicas de investigación y bibliografía.

La redacción del trabajo en general, es apegado a las reglas que la semiología, la sintaxis y la gramática establecen para tal efecto, logrando en forma clara y concreta presentar sus principales afirmaciones en torno al tema en cuestión.

Lic. Victor Raúl Roca Chavarría

Abogado y Notario

4ta Calle 4-108 "A" Zona 3 Chimaltenango

Teléfono 52154148



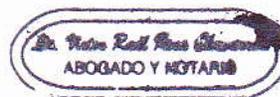
Se comprueba la hipótesis y como contribución, se establece la necesidad de regular en la legislación penal guatemalteca lo relativo a los delitos que se cometen por el uso indebido de la internet, ya que esta en otros países si se cuenta con esta regulación para protección de la población.

Estoy de acuerdo con las conclusiones y recomendaciones de la ponente, ya que hacen referencia al fondo de la investigación.

Se comprueba además que la bibliografía y técnicas de investigación utilizadas, fueron las adecuadas, siendo elaborado el trabajo de conformidad con el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

En virtud de los puntos anteriores, concluyo informando y dictaminando a usted, que es **PROCEDENTE** ordenarse su discusión en Examen Público de Tesis en nuestra gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Con la manifestación expresa de mi respeto, soy de Usted, su servidor.



Licenciado Victor Raúl Roca Chavarría
Abogado y Notario
Colegiado Activo 3863



USAC

TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 04 de julio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante MARÍA ESTHER BURGOS LÓPEZ, titulado CREACIÓN DE TIPOS DELICTIVOS, POR EL USO INDEBIDO DE LA INTERNET, EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/sllh.

Lic. Ardán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

A DIOS: Por ser fuente de sabiduría, quien me ha guardado y guiado, por permitirme alcanzar este éxito y ver realizado el sueño que tanto anhelaba, a él sea la gloria y honra.

A MIS PADRES: Bertha Alicia López España ejemplo de lucha y perseverancia, gracias por tu apoyo, dedicación y amor en cada momento de mi vida.

Edwin Eladio Burgos Orrego, gracias por tu amor y apoyo incondicional. Gracias a ustedes he podido alcanzar esta meta y el sacrificio no ha sido en vano, este logro es suyo.

A MI HERMANO: Edwin Gabriel Burgos López, por la bendición de tenerte en mi vida.

A MIS ABUELOS: María Espectación Juárez España por cada uno de sus consejos, cuidados y enseñanzas, por el amor que me ha dado.

Jorge Gabriel López Monzón (†) por haber llenado mi vida de alegrías, amor y consejos. Porque lo que deseaste para mi hoy se ve realizado.

Eladio Burgos Juárez (†) y Mercedes Esther Orrego Gutiérrez (†) por ser ejemplo de vida.



A MIS TÍOS: Por todos los momentos compartidos, mi cariño admiración, por estar presentes en cada etapa de mi vida.

A MIS PRIMOS: Por el apoyo brindado y el cariño que siempre nos ha unido.

A JOSÉ PORRAS: Por el amor, apoyo y comprensión. Por la bendición de tenerte en mi vida.

A MIS AMIGOS: Por esa amistad que nos ha unido desde hace años, por compartir tantos momentos especiales y por los que vendrán.

A MIS COMPAÑEROS: Por los años de estudios, por no rendirnos en ningún momento y apoyarnos para alcanzar lo que tanto anhelábamos mi cariño y admiración.

A: La Tricentennial University of San Carlos of Guatemala, y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por ser el lugar donde forjé mi carrera profesional y el honor de ser egresada de esta casa de estudios, por el orgullo de ser sancarlista.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho penal y la ley penal	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Naturaleza jurídica del derecho penal.....	4
1.3. Contenido del derecho penal.....	5
1.4. Características del derecho penal.....	6
1.5. Definición de la ley penal.....	9
1.5.1. Principio de legalidad penal.....	10
1.5.2. Características de la ley penal.....	12
1.5.3. Exclusividad de la ley penal.....	13

CAPÍTULO II

2. Del delito.....	15
2.1. Definición.....	15
2.2. Naturaleza jurídica del delito.....	17
2.3. Postulados de la escuela clásica.....	18
2.4. Postulados de la escuela positiva.....	19
2.5. Criterios para definir el delito.....	21



Pág.

2.5.1. Criterio legalista.....	22
2.5.2. Criterio filosófico.....	23
2.5.3. Criterio natural sociológico.....	24
2.5.4. Criterio técnico jurídico.....	26

CAPÍTULO III

3. La teoría general del delito.....	29
3.1. Definición	29
3.2. Elementos del delito.....	30
3.2.1. La acción.....	32
3.2.2. Teorías de la acción.....	33
3.2.3. Falta de acción penalmente relevante.....	34
3.2.4. Formas de la acción.....	36
3.3. La omisión.....	37
3.3.1. Características de la omisión penalmente relevante	38
3.3.2. Clases de omisión penalmente relevante.....	38
3.3.3. La relación de conexidad o causalidad en la omisión	40
3.3.4. El deber de evitar el resultado.....	40

CAPÍTULO IV

4. La tipicidad en el delito.....	41
4.1. Terminología.....	41

4.2. Génesis y evolución.....	42
4.3. Definición de tipicidad	43
4.4. Naturaleza y función de la tipicidad.....	44
4.5. Tipicidad y tipo.....	46
4.5.1. Relación entre tipo y antijuridicidad.....	47
4.5.2. Estructura del tipo.....	48
4.6. Clases de tipos.....	49
4.6.1. Aspectos objetivos de los tipos activos dolosos.....	50
4.6.2. El resultado material.....	51
4.6.3. Aspectos subjetivos de los tipos activos dolosos.	52
4.7. Dolo.....	52
4.7.1. Aspecto cognoscitivo.....	53
4.7.2. Dolo avalorado y dolo desvalorado.....	53
4.7.3. Errores sobre la causalidad.....	54
4.8. Clases de dolo.....	55

CAPÍTULO V

5. Creación de tipos delictivos por el uso indebido de la internet en la República de Guatemala.....	57
5.1. La internet.....	59
5.2. Definición de delitos informáticos.....	63
5.3. Delitos que se cometen por el uso indebido de la internet en la legislación	



Pág.

comparada.....	67
5.3.1 Legislación española.....	69
5.3.2. Legislación argentina.....	70
5.3.3. Legislación mexicana.....	72
5.4. Legislación informática en Guatemala.....	74
5.5. Definición y principales delitos por el uso indebido de la internet.....	76
5.6. Necesidad de incluir dentro de la ley penal guatemalteca los delitos que se cometen en internet.....	77
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85



INTRODUCCIÓN

La presente investigación de tesis se refiere al tema de la creación de tipos delictivos por el uso indebido de la internet en la República de Guatemala.

Para analizar esta problemática es necesario mencionar sus causas. Existen varias razones por las cuales se pueden crear figuras delictivas por lo que es menester determinar que el mal uso de una herramienta tan importante para el desarrollo y desenvolvimiento de un país, puede a la vez provocar hechos que violenten garantías, derechos y obligaciones de los habitantes del mismo, por lo que es imprescindible regular figuras delictivas que son producto del mal uso de la internet.

La internet es un medio indispensable para el diario vivir, pero si bien es cierto el uso indebido de la misma puede provocar consecuencias futuras que podrían recaer en un hecho delictivo, además debemos analizar que dentro del uso de la internet existen dos tipos de personas tal como son: los que utilizan la internet como herramienta para el desempeño de sus actividades diarias así como para la ejecución de algún trabajo y por otro lado existen las personas que únicamente se dedican a buscar circunstancias para delinquir dentro de la internet.

Se debe establecer un mecanismo diferente de prevención, erradicación y control del uso indebido de la internet, ya que actualmente en el país la legislación penal no responde de manera adecuada a la actualidad informática y de desarrollo tecnológico, dejando desprotegida a la población y al acecho de cualquier persona que le dé un mal uso a los medios de comunicación moderna, específicamente en este caso la internet.



La hipótesis que se plantea en la presente investigación deja claro que en el Estado de Guatemala surge esta problemática debido a la falta de políticas parlamentarias y de una política de Estado que realmente coadyuve a la implementación de tipos y una legislación penal acorde a la actualidad mundial; el objetivo primordial es determinar la no regulación de los delitos que se cometen por el uso indebido de la internet en el país y la necesidad de la inclusión de los mismos en el Código Penal vigente.

A continuación se hace una breve presentación del contenido de cada capítulo del trabajo realizado. El primer capítulo, desarrolla aspectos relacionados con el derecho penal y la ley penal, así como su naturaleza jurídica y principales características; el segundo capítulo se enfoca al delito, su definición y los criterios para definirlo; el tercer capítulo describe la teoría general del delito sus elementos, la acción, la omisión y la consecuencia jurídica de cada una de estas; el cuarto capítulo desarrolla lo relativo a la tipicidad en el delito, la naturaleza de la tipicidad, los tipos dolosos y los aspectos más importantes del dolo; en el quinto capítulo se examinan los delitos informáticos, la legislación comparada y la necesidad de regular estos delitos en el país.

Con respecto a la metodología y técnicas que se usaron en el trabajo elaborado se realizó una investigación en el método científico ya que se partió del conocimiento del mundo real, del estudio de lo abstracto hacia lo concreto. El método sistemático conlleva procedimientos ordenados. El método jurídico fue el auxiliar en el estudio de la legislación, tanto guatemalteca como de la legislación internacional. El método analítico sirvió en toda la información recopilada tanto documental como verbal con el propósito de conocer la responsabilidad jurídica del Estado de Guatemala por la falta de regulación de los delitos informáticos.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal y la ley penal

El derecho penal, es tan antiguo como la humanidad, por ser únicamente los hombres los protagonistas en esta disciplina, de tal manera que al evolucionar la sociedad es necesaria la evolución del derecho penal.

El hombre realiza acciones u omisiones que le permiten expresarse; es decir, actúa o se abstiene de actuar según su voluntad, estas acciones y omisiones cuando son inofensivas, cuando no son socialmente relevantes, son aceptadas y permitidas por el estado ya que no lesionan ni ponen en peligro un bien jurídico tutelado; sin embargo, cuando estas acciones u omisiones dañan o ponen en peligro un interés jurídicamente tutelado, son reprobadas y reprimidas por el derecho penal, en nombre del estado y de una sociedad jurídicamente organizada.

1.1. Definición

Previo a definirlo quisiera dar a conocer los nombres que se le han dado.

A pesar de que una definición debiera ser el resultado último de una seria investigación en cualquier rama del conocimiento, para efectos didácticos es menester presentar a priori qué se entiende por derecho penal, aunque posteriormente se aclare todo lo relativo a sus características, objeto y fin.

No existe, al respecto de la definición del derecho penal, una concepción única, pues ésta dependerá no solamente del momento histórico en que se desarrolle o de la



escuela a la que pertenezca el autor que la exponga, sino también de las ideas propias de este, por lo que habrá que reconocer tantas definiciones como autores que las plantean, sin poder hacer una descalificación de las mismas, salvo por lo que respecta a la confusión que en muchos autores persiste en considerar al derecho penal y la ciencia que lo estudia una misma cosa.

Por tratarse de la definición de un sector del derecho en la que sólo se destaca un papel particular que lo diferencia de otros sectores, de entre las diversas concepciones pueden distinguirse, “en primer lugar, las que optan por el criterio de las teorías morales del derecho (el llamado iusnaturalismo), por el formalismo jurídico o por el realismo sociológico; y ya dentro de la ciencia jurídico penal en particular, pueden encontrarse las que surgen de las distintas escuelas que han planteado su filosofía respecto de esta rama del universo jurídico, e igualmente pueden diferenciarse las que atienden a su sentido objetivo o al subjetivo, y será ese el primer criterio al que se atenderá, aunque no de manera exhaustiva y sólo para iniciar el estudio de nuestra materia.”¹

Esta disciplina ha recibido distintos nombres. “En Alemania fue llamada antiguamente Peinliches Recht. Así la designaron Engerlhard, Kleinschrod, Feuerbach, Savigny, Kóstlin y Zumpft. Sin embargo, estos cuatro últimos también le dieron el título de Kriminal Recht. Actualmente hay en Alemania completa unanimidad, este derecho se llama allí derecho penal: Strafrecht.”²

¹<http://www.derecho.unam.mx/papime/introduccionalderechopenalVol.I/dos.htm> (Consulta: Guatemala, 10/05/2012)

²Ibid



La expresión Diritto Penale se emplea en Italia aunque los positivistas prefieren denominarla Diritto Criminale, para desterrar la palabra pena, que, como es sabido, rempazan por sanción. En Francia está desequilibrado el empleo de Droit Pénal y de Droit Criminel, en tanto que en España y los países de este continente que hablan nuestra lengua se le denomina derecho penal.

Se equivoca Eugenio Cuello Calón al decir que el título de derecho criminal es anticuado. Es exacto que su empleo es arcaico en Alemania; pero, como hemos visto, no ocurre así ni en Francia ni en Italia.

Hay autores que emplean expresiones más o menos extravagantes para nombrar a nuestra disciplina. Así por ejemplo, Puglia la llamó derecho represivo; Luca, principios de criminología; Dorado Montero, derecho protector de los criminales y Thomsen, derecho de lucha contra el crimen.

Se usa en algunos códigos hispanoamericanos el título que le dio al de Cuba su autor, José Agustín Martínez: Código de defensa social. “de él tomaron tal nombre los códigos mexicanos de los estados de Chihuahua, Yucatán y Veracruz.”³

Por lo que podemos concluir en que el derecho penal es un “Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.”⁴

³ Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de derecho penal*. Vol. 3. Págs. 1-2

⁴ *Ibid.* Pág. 3



Se establece entonces que el derecho penal es el conjunto de normas jurídico-penales establecidas por el Estado que se encargan de regular los delitos, así como las penas que se deben aplicar a la persona que los cometa. No importando el nombre con el que se le denomine en las diferentes etapas de la historia, el derecho penal siempre busca regular la conducta humana y de esta manera mantener el orden jurídico dentro de un Estado.

1.2. Naturaleza jurídica del derecho penal

Cuando inquirimos sobre la naturaleza jurídica del derecho penal, tratamos de averiguar el lugar donde éste nace y la ubicación que tiene dentro de las distintas disciplinas jurídicas, y así cabe preguntarnos: si pertenece al derecho privado, al derecho público o si pertenece al derecho social, que son los tres escaños en que se le ha tratado de ubicar. El hecho que algunas normas de tipo penal o procesal penal, puedan dar cierta intervención a los particulares en la sustanciación del proceso o en la iniciación del mismo por la clase de delito que se trate (instancia de parte interesada por ser delito privado, el perdón del ofendido y el sobreseimiento del proceso en ciertos delitos privados), no es ninguna justificación válida para pretender situar al derecho penal dentro del derecho privado (como el derecho civil y el derecho mercantil); la venganza privada como forma de reprimir el delito, dejando a los particulares hacer su propia justicia, ha sido formalmente desterrada del derecho penal moderno, y si bien es cierto que aún pueden darse algunos casos en nuestro medio, esto no solo es ilegal sino absurdo en una sociedad civilizada y jurídicamente organizada, donde solamente



al Estado corresponde determinar los delitos y establecer las penas o medidas de seguridad. La intervención de los particulares en la ejecución de la pena, es en los libros tan sólo un recuerdo histórico de las formas primitivas de castigar. “Algunos tratadistas, en época reciente y amparada por las novedosas corrientes de la defensa social contra el delito, han pretendido ubicar al derecho penal dentro del derecho social, como el derecho penal es una rama del derecho público interno que tiende a proteger intereses individuales y colectivos (públicos o sociales); la tarea de penar o imponer una medida de seguridad es una función típicamente pública que solo corresponde al Estado como expresión de su poder interno producto de su soberanía, además de que la comisión de cualquier delito (privado, público o mixto) genera una relación directa entre el infractor y el Estado que es el único titular del poder punitivo, en tal sentido, consideramos que el derecho penal sigue siendo de naturaleza jurídica pública.”⁵

En este mismo orden de ideas podemos establecer que el derecho penal surge de la rama del derecho público, toda vez que la finalidad de dicho derecho es regular la conducta humana; a través de entes constituidos para velar por esa finalidad y dichos entes pertenecen al Estado, por lo que es parte del derecho público.

1.3. Contenido del derecho penal

Es importante observar técnicamente, una diferencia entre el derecho penal y la ciencia del derecho penal, y se hace precisamente delimitando su contenido. “Mientras que el derecho penal se refiere a un conjunto de normas jurídico- penales creadas por el

⁵ de León Velasco, Héctor Aníbal. *Derecho penal guatemalteco*. Págs. 5-6.



Estado para determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad; la ciencia del derecho penal se refiere a un conjunto sistemático de principios, doctrinas y escuelas, relativas al delito, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad.”⁶

La ciencia del derecho penal que comprende al derecho penal desde el punto de vista filosófico, buscando su razón de ser, es una disciplina eminentemente jurídica; sin embargo, al estudiar el delito no debe hacerlo únicamente como ente jurídico, como una manifestación de la personalidad del delincuente; y al estudiar la pena no debe hacerse únicamente como una sanción retributiva para mantener la tutela jurídica o restaurar el orden jurídico perturbado, sino también como un medio de defensa social, incluyendo el estudio de las medidas de seguridad para la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente.

1.4. Características del derecho penal

Para tener un concepto claro y definido de lo que abarca el derecho penal deben conocerse sus características principales, las cuales son:

a) Es una ciencia social y cultural. Atendiendo a que el campo de conocimiento científico aparece dividido en dos clases de ciencias: las ciencias naturales por un lado y las ciencias sociales o culturales por el otro; se hace necesario ubicar a nuestra disciplina en uno de ambos campos, ya que los dos tienen características distintas, por ejemplo: en las ciencias naturales el objeto de estudio es psico-físico; mientras en las ciencias sociales es el producto de la voluntad creadora del hombre; el método de

⁶Ibid. Págs. 6-7



estudio de las ciencias naturales es experimental mientras en las ciencias sociales o culturales es racionalista, especulativo o lógico abstracto; en las ciencias naturales la relación entre fenómenos es causal (de causa a efecto); mientras que en las ciencias sociales o culturales es teleológica (de medio a fin); las ciencias naturales son ciencias del Ser mientras las ciencias sociales o culturales son del deber ser; de tal manera que “el derecho penal, es una ciencia social, cultural o del espíritu, debido a que no estudia fenómenos naturales enlazados por la causalidad, sino regula conductas en atención a un fin considerado como valioso; es pues, una ciencia del deber ser y no del ser.”⁷

b) Es normativo. El derecho penal, está compuesto por normas jurídico-penales, que son preceptos que contienen mandatos o prohibiciones encaminadas a regular la conducta humana, es decir, a normar el deber ser de las personas dentro de una sociedad jurídicamente organizada.

c) Es de carácter Positivo. Porque es fundamentalmente jurídico, ya que el derecho penal vigente es únicamente el que ha promulgado el Estado con ese carácter.

d) Pertenece al derecho público. Siendo el Estado único titular del derecho penal, solamente a él corresponde la facultad de establecer delitos y las penas o medidas de seguridad correspondientes. “El derecho penal es indiscutiblemente derecho público interno, puesto que el establecimiento de sus normas y su aplicación, está confiado en forma exclusiva al Estado, investido de poder público. La represión privada sólo puede considerarse como una forma histórica definitivamente superada.”⁸

⁷ Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de derecho penal*. Vol. 3. Págs. 22

⁸ *Ibid.* Pág. 23

e) Es valorativo. Toda norma presupone una valoración (el derecho penal es eminentemente valorativo), y a decir del profesor argentino Sebastián Soler, “esta cualidad de toda norma es particularmente manifiesta en las leyes penales, ya que carecerían de todo sentido las amenazas penales si no se entendiera que mediante ellas son protegidos ciertos bienes e intereses jurídicamente apreciados.”⁹ Es decir, que el derecho penal está subordinado a un orden valorativo en cuanto que califica los actos humanos con arreglo a una valoración; valora la conducta de los hombres.

f) Es finalista. Siendo una ciencia teleológica, su fin primordial es resguardar el orden jurídicamente establecido, a través de la protección contra el crimen. La ley según indica Sebastián Soler “regula la conducta que los hombres deberán observar con relación a esas realidades, en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos.”¹⁰

g) Es fundamentalmente sancionador. El derecho penal se ha caracterizado por castigar, reprimir e imponer una pena con carácter retributivo a la comisión de un delito y así se habla de su naturaleza sancionadora, en el entendido que la pena era la única consecuencia del delito; con la incursión de la escuela positiva y sus medidas de seguridad, el derecho penal toma un giro diferente al ser preventivo y rehabilitador, sin embargo y a pesar de ello, mientras exista el derecho penal, no puede dejar de ser sancionador porque jamás podrá prescindir de la aplicación de la pena, aún cuando existan otras consecuencias del delito.

⁹Ibid. Pág. 23

¹⁰Ibid. Pág. 24



h) Debe ser preventivo y rehabilitador. Con el apercibimiento de las aún discutidas medidas de seguridad, el derecho penal deja de ser eminentemente sancionador y da paso a una nueva característica, la de ser preventivo, rehabilitador, reeducador y reformador del delincuente. Es decir, que además de sancionar, debe pretender la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente.

Las características establecidas anteriormente describen la razón de ser del derecho penal y la existencia del mismo, ya que al desarrollar y entender cada una de ellas podemos establecer una definición específica que contenga todos y cada uno de los elementos indispensables para la formulación del derecho penal.

1.5. Definición de la ley penal

La facultad de castigar corresponde con exclusividad al Estado, que tiende a regular la conducta humana en una sociedad jurídicamente organizada; “ese conjunto de normas penales que tienen un doble contenido: la descripción de una conducta antijurídica (delictiva) y, la descripción de las consecuencias penales (penas y/o medidas de seguridad), constituyen lo que denominamos la ley penal del Estado”¹¹, y decimos del Estado porque la ley penal es patrimonio únicamente del poder público representado por el Estado (como ente soberano), y a diferencia de otros derechos, sólo el Estado produce derecho penal.

Todo ser humano ante el mundo que lo rodea tiene una doble posibilidad de manifestarse: intervenir en el mismo a través de su actividad para modificarlo; o bien,

¹¹Ibid. Pág. 71



no intervenir a través de su inactividad, para dejar que el mundo transcurra regido exclusivamente por la causalidad; como expresa el profesor mexicano Elpidio Ramírez Hernández "las actividades o inactividades que el ser humano realiza en forma intencional, por descuido o fortuitamente, se traducen en beneficios o perjuicios, o sencillamente son neutrales para los demás seres humanos; ahora bien, a la ley penal solamente interesan las actividades o inactividades humanas que intencionalmente o por descuido se traducen en perjuicio de los demás."¹² En nuestro país, la ley del Estado se manifiesta ordinariamente en el Código Penal, decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

1.5.1. Principio de legalidad penal

El principio de legalidad penal se presenta en la doctrina con distintas denominaciones. En términos generales el principio se refiere a la previsión legal de toda conducta humana que pretenda ser incriminada, y a esto se le llama principio de legalidad. Sin embargo hay otros que prefieren adjetivarlo como forma de reafirmación de las prohibiciones extensivas, y hablan de principio de estricta legalidad.

Tal expresión puede servir para ocultar la idea de que la estricta observancia de la ley se halla limitada a lo que defina la incriminación a la que corresponda una pena, ni generando efectos sobre los llamados tipos permisivos, que admiten analogía u otras formas de interpretación. También se utiliza la denominación principio de reserva legal, con lo que se refieren a un principio y más a un procedimiento, pues la forma de

¹²<http://www.derecho.unam.mx/papime/IntroduccionalderechopenalVol.I/dos.htm> (Consulta 10/05/2012)



expresión de legalidad es precisamente la reserva exclusiva de la materia a través de la ley formal y materialmente considerada.

Algunos hablan de reserva absoluta y relativa. Por la relativa el legislador fija las líneas fundamentales, delegando su detalle a la administración. Por la absoluta, sólo la ley penal puede regular la materia penal.

Hay muchas legislaciones y constituciones que establecen en un sólo texto reglas relativas a los principios de legalidad, anterioridad e irretroactividad de la ley penal incriminadora. Muñoz Conde “se refiere al principio de intervención legalizada, a través del cual se pretende evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo; supone un freno para la política muy pragmática que decida acabar a toda costa con la criminalidad y movida por razones defensivas o resocializadoras demasiado radicales, que sacrifique las garantías mínimas de los ciudadanos, imponiéndoles sanciones no previstas ni reguladas en ley alguna.”¹³

En general las críticas que se refieren a que la legalidad no es exclusividad del derecho penal, y que la estricta legalidad está en duda, por la existencia de la analogía in bonam partem. “Se dice también que la doctrina no distingue suficientemente la legalidad de la reserva legal. Lo primero significa la sumisión y el respeto a la ley, o actuación dentro de lo establecido por el legislador. Lo segundo significa que la reglamentación de determinada materia ha de hacerse por una ley formal.”¹⁴ Aunque a veces se diga que el principio de legalidad se revela como un caso de reserva relativa, aun así es de reconocer que hay diferencia, pues el legislador, en caso de reserva de

¹³Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal, parte general* Pág. 23

¹⁴*Ibid.* Pág. 24

ley, debe dictar una disciplina más específica, la cual es necesaria para satisfacer precisamente el principio de legalidad.

1.5.2. Características de la ley penal

Se refiere a que la ley penal se dirige a todas las personas naturales o jurídicas, que habitan un país, y por supuesto todos tienen la obligación de acatarla; la ley penal entonces, resulta ser general y obligatoria para todos los individuos dentro del territorio de la república, sin discriminación de raza, color, sexo, religión, nacimiento, posición económica, social o política; y esto nos lleva a la igualdad de todas las personas frente a la ley penal, con excepción de manera parcial de las personas que por disposición de la ley y razón del cargo que desempeñan gozan de ciertos privilegios como la inmunidad y el antejuicio. Esto no quiere decir que dichas personas, estén fuera del alcance de la ley penal, también ellas tienen absoluta obligación de acatarla porque como personas son iguales que cualquier ciudadano y como funcionarios del gobierno son depositarios de la ley y nunca superiores a ella. La inmunidad y el antejuicio son privilegios de seguridad que por razón del cargo tienen algunos funcionarios públicos como: el Presidente de la República y su Vicepresidente, los presidentes del Organismo Judicial y Legislativo, Ministros de Estado, Diputados al Congreso de la República, Magistrados y Jueces, Directores Generales, Gobernadores Departamentales, Alcaldes Municipales, entre otros. Sin embargo, ello no significa desde ningún punto de vista, que no se les pueda aplicar la ley penal, único y excepcional es que su aplicación requiere de un procedimiento distinto al de todos los



ciudadanos. Respecto a esta característica, podemos observar el principio de territorialidad de la Ley Penal, el cual está contenido en el Artículo 4 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala el cual establece que “Salvo lo establecido en tratados internacionales, este código se aplicara a toda persona que cometa delito o falta en el territorio de la República o en lugares o vehículos sometidos a su jurisdicción.”

1.5.3. Exclusividad de la ley penal

Se refiere a la exclusividad de la ley en la creación de derecho penal, ya que de acuerdo con el principio de legalidad, de defensa o de reserva, que contiene el Artículo 1 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala (Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege), que expresa: "Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley." Esto quiere decir, que sólo la ley penal puede crear delitos y establecer las penas y medidas de seguridad para los mismos.

En ese sentido, “la exclusividad de la ley penal se convierte en advertencia y al mismo tiempo en garantía; advierte que será sancionado o castigado, quien cometiera cualquiera de los ilícitos penales que abstractamente describe la ley penal, y



simultáneamente garantiza que nadie puede ser castigado o sancionado por un hecho que no esté previamente calificado como delito o falta.”¹⁵

Por lo cual se establece que la fuente de derecho penal es la ley, pues es la manifestación de la voluntad de la población a través de los órganos constitucionales, los cuales determinan que conductas son catalogadas como delitos y las sanciones que se aplicarán en cada caso. Ya que como se indicaba el Estado no puede castigar una conducta que no esté tipificada en la legislación como delito y de igual manera no puede aplicar una sanción para el correspondiente delito si no se encuentra previamente establecida.

¹⁵ De León Velasco, Héctor Anibal, *Ob. Cit.* Págs. 82-83



CAPÍTULO II

2. Del delito

Dentro del derecho penal es necesario llevar a cabo el estudio del delito, tanto de sus aspectos positivos y negativos, elementos personales, características y elementos generales. Por lo que se hace necesario tener un conocimiento claro de lo que es delito y de esta manera poder incluir en la legislación penal guatemalteca aquellas conductas realizadas a través de medios electrónicos, específicamente la internet en los cuales se causa un daño a un sujeto que actualmente no cuenta con protección del Estado, por no estar establecidas dichas conductas como delitos.

2.1. Definición

Encontramos que dentro de la legislación guatemalteca, no se encuentra una definición del término delito. Resultante es el estudio de la doctrina de los autores para lograr una definición que se pueda plasmar con los diferentes elementos que componen el delito. Definir el término delito, según la doctrina, es imperativo. Lo que se pretende es dar a conocer, cómo una nueva conducta realizada por diferentes miembros de la sociedad es considerada como delito por los legisladores, y por tal razón resulta una actividad ilícita, misma que tiene como consecuencia la imposición de una pena. La definición de delito ayuda a comprender el cómo, cuándo y por qué una actividad nace como delito, para ello es necesario tener el conocimiento de la teoría jurídica del delito.



Manuel Ossorio en su diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales define el término delito de la siguiente manera: “El acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.”¹⁶

Tomando como punto de partida el concepto anterior, se pueden citar a tratadistas del derecho penal, al momento de conceptualizar el término delito. Entre los cuales se encuentran: Luis Jiménez de Asúa al manifestar que el delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en remplazo de ella. José María Rodríguez Devesa, el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena. Raúl Carrancá y Trujillo, el delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una acción penal. Sebastián Soler lo define como una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal. Carlos Fontán Balestra, el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable. Los conceptos de los tratadistas mencionados fueron citados por los autores Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela en su libro derecho penal guatemalteco.

El delito es una conducta contraria a la ley que la tiene regulada como tal. Dicha conducta puede consistir en hacer o dejar de hacer. Sin embargo, no se trata simplemente de lo que prohíbe, pues también hay cosas que prohíbe la ley que no son precisamente delitos, además de que en un ilícito hay aspectos que forman un todo

¹⁶ Ossorio, Manuel, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Pág. 10



que constituyen los elementos del delito, más para llegar a concebirlo como una unidad portadora de varios elementos, el delito pasó por diversidad de concepciones, que van desde ideas morales hasta psicofisiológicas.

En los inicios de la era cristiana, el delito fue concebido de acuerdo con las ideas filosóficas de la época, la cual partía de la idea de la moral, que identificaba al delito con el pecado; no utilizaban el verbo delinquir sino hablaban de pecar; concebían al delito como una conducta contraria a la moral y a la justicia; posteriormente lo enfocan como violación o quebrantamiento del deber. Rossi sostiene por su parte “que por delito se debe entender: la violación de un deber.”¹⁷

En general el delito es el quebrantamiento a una ley imperativa, la cual lleva como consecuencia la imposición de una pena o sanción previamente establecida en la ley. El delito constituye una infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultantes de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañosos.

2.2. Naturaleza jurídica del delito

No hay forma de establecer una naturaleza o construcción filosófica, aceptada por todos y para siempre. Esta comúnmente depende del tiempo y lugar, es decir coyuntura y país. Para la escuela clásica fue un ente jurídico, al decir que “el delito es un acontecimiento jurídico, una infracción a la ley del Estado, un ataque a la norma

¹⁷ De León Velasco, Héctor Anibal, Curso de derecho penal guatemalteco. Pág. 21.

penal. El delito lo es porque depende de que aparezca en una norma.”¹⁸ El delito no puede ser sólo por consecuencia de la ley.

Para la escuela positiva el delito, fue un fenómeno natural o social. Estudian al delito como la acción humana resultante de la personalidad del delincuente, quedando completamente marginada la concepción jurídica del delito con el aparecimiento de la teoría del delito natural y legal de Rafael Garófalo “que afirmaba que el delito no lo es, si el hombre no vive en sociedad. Se le critica, que no sólo depende de que el hombre viva en sociedad.”¹⁹

El estudio del delincuente puede que sea natural, pero el del delito es jurídico. Ya que las acciones catalogadas como delictivas las comete un sujeto infringiendo las leyes de un Estado, las cuales han sido previamente establecidas por un órgano jurídico establecido para velar por el cumplimiento de las normas dictadas.

2.3. Postulados de la escuela clásica

A mediados del siglo XIX, la escuela clásica del derecho penal, con las doctrinas de su máximo exponente Francesco Carrara, que perfeccionó las de su maestro Carmigniani y las de sus antecesores Giandoménico, Romagnosi, Feuerbach, Bentham y otros, el estudio del delito alcanza su máxima perfección, considerando que la idea del delito no es sino una idea de relación; es la relación de la contradicción entre el hecho del hombre y la ley; al definir el delito Francesco Carrara sostiene que es "La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante

¹⁸ Bustos Ramírez, Juan. Manual de derecho penal español. Pág. 129.

¹⁹ Ibid. Pág. 130



de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable políticamente dañoso.”²⁰ De esta manera se respalda la doctrina clásica que el delito no es, sino un acontecimiento jurídico, una infracción a la ley del Estado, un ataque a la norma penal, un choque de la actividad humana con la norma penal, es en esencia, un ente jurídico. En relación al delincuente se puede afirmar que la inimputabilidad moral y su libre albedrío son la base de su responsabilidad penal; en relación a la pena se puede indicar que era el mal a través del cual se realizaba la tutela jurídica, concluyendo por asegurar que el derecho penal era una ciencia eminentemente jurídica, que para su estudio debía utilizar el método lógico abstracto, racionalista o especulativo.

2.4. Postulados de la escuela positiva

Cuando se creía que la escuela clásica había alcanzado su máximo nivel y sus postulados parecían haber sentado las bases de un derecho penal definitivo, aparece la escuela positiva del derecho penal que indudablemente vino a revolucionar los principios sentados por los Clásicos. Sus principales representantes fueron: Cesare Lombroso (médico y antropólogo); Enrico Ferri (catedrático y sociólogo); y Rafael Garófalo (magistrado y jurista); quienes en sentido contrario a los clásicos parten del estudio del delincuente. Y estudian el delito como la acción humana resultante de la personalidad del delincuente, quedando completamente marginada la concepción jurídica del delito, con el apareamiento de la teoría del delito natural y legal de Rafael Garófalo, quien sostiene que “el delito natural es la violación de los sentimientos de

²⁰ Ibid. Pág. 130



piedad y probidad, y todos los hechos antisociales que no atacan a ninguno de estos sentimientos, pero, que atentan contra la organización política, son delitos legales (o políticos), que atentan contra el Estado y la tranquilidad pública.”²¹ Por lo cual los defensores de esta posición inician el análisis de las conductas delictivas con base en la personalidad del delincuente y analizando los motivos que surgieron en su interior los cuales lo llevaron a realizar dichas conductas.

Dentro de esa misma escuela se generó otro movimiento impulsado por el creador de la Sociología Criminal, Enrico Ferri, quien con un criterio eminentemente sociológico asienta que el hecho punible o delito es: "toda acción determinada por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado.”²² Es así como los positivistas describen el delito, jamás como un ente jurídico, sino como una realidad humana, como un fenómeno natural o social.

En relación al delincuente sostenían que el hombre es imputable, no porque sea un ser consciente, inteligente y libre, sino sencillamente por el hecho de vivir en sociedad. En relación a la pena consideraron que era un medio de defensa social; que ésta debía imponerse en atención a la peligrosidad social del delincuente y no en relación al daño causado, proponiendo las famosas medidas de seguridad con el fin de prevenir el delito y rehabilitar al delincuente, y lo más característico de esta corriente fue determinar que el derecho penal no pertenece al campo de estudio de las ciencias jurídicas, sino al campo de estudio de las ciencias naturales y que para su estudio debía utilizar el método positivo, experimental o fenomenalista.

²¹Ibid. Págs. 122-124

²²Ibid. Pág. 126.

Con el propósito de inquirir sobre la naturaleza del delito, dentro del campo del derecho penal, es necesario analizar la concepción de la escuela positiva y luego la de la escuela clásica. Con planteamientos de la escuela positivista, es evidente que el derecho penal pierde su autonomía al considerarlo como parte de las ciencias naturales o fenomenalistas, postura que en la actualidad no puede mantenerse, por cuanto el derecho penal es una ciencia eminentemente jurídica compuesta por un conjunto de normas que tienden a regular el comportamiento humano para lograr la protección de ciertos valores que se consideran esenciales para la convivencia y desarrollo social, en tal sentido el objeto de estas normas pertenecen al campo del deber ser que llevan consigo un juicio valorativo, mientras que la ciencias criminológicas o fenomenalistas, efectivamente estudian fenómenos naturales o reales que están sujetos a la relación de causa y efecto por lo que pertenecen al campo del ser.

2.5. Criterios para definir el delito

Actualmente existen varias formas para definir el delito, que van desde las más simples hasta las más complejas, atendiendo a que cada corriente de pensamiento, o bien cada uno de los estudiosos que ha sentido la inquietud por los problemas del crimen, han planteado la suya. Por la dificultad de analizar cada una de las formas por separado, es conveniente para lograr una mayor comprensión agruparlas de acuerdo a ciertos criterios, es decir, en torno al juicio que se ha seguido para formular, a fin de

condensar el proceso evolutivo que han tenido las ideas penales respecto al delito, y primordialmente corroborar o no la validez de éstas ante el derecho penal moderno.

2.5.1. Criterio legalista

Desde la denominada edad de oro del derecho penal (principios del siglo XIX), se deja ver un criterio puramente legalista para definir al delito; así Tiberio Deciano, Giandoménico, Romagnosi, Enrico Pessina, Ortolán y otros, plantean sus definiciones, sobre la base de que el delito es lo prohibido por la ley, concepto que por su mismo simplismo se torna en indeterminado, y resulta ser demasiado amplio en la actualidad, porque cuantos actos hay que son prohibidos por la ley, y sin embargo, no constituyen necesariamente una figura delictiva; además, desde otro punto de vista, como bien lo plantea Dorado Montero, si no se resuelve el problema de ¿qué es lo que prohíbe la ley? el delito vendría a ser lo que quiera el legislador y ello puede conducir a absurdas exageraciones.

A finales de esa época, ya aparecen otras definiciones, como, el del padre de la escuela clásica, Francesco Carrara, que a pesar de tener una inclinación marcadamente legalista, incluye otros elementos, al decir que el delito "Es la infracción a la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."²³

²³Ibid. Págs. 126-127.

2.5.2. Criterio filosófico

La falta de trascendencia del legalismo, posiblemente por los trastornos causados durante casi medio siglo (1850 a 1900) por los radicales postulados de la escuela positiva en oposición a la escuela de juristas, hizo que los estudiosos del crimen de la época se encaminaran por senderos más filosóficos, tomándolos desde diversos aspectos: primeramente se hace alusión al aspecto moral, por parte de los teólogos que identificaban al delito con el pecado, se dice que Alfonso de Castro (primer penalista español) ni siquiera utiliza al verbo delinquir sino habla de pecar y seguidamente Francisco Julián Oudot y Pedro José Proudhom, definen el delito como “una conducta contraria a la moral y la justicia.”²⁴ Rossi campeón del eclecticismo francés, sostiene que el delito es la violación de un deber y Pacheco dice que es “Un quebrantamiento libre e intencional de nuestros deberes.”²⁵

Actualmente no podemos darle validez a ninguno de estos criterios, primero porque el pecado, indiscutiblemente, teniendo una orientación divina, nada tiene que ver con nuestra orientación jurídica; y, segundo, porque las infracciones al deber atienden más a normas de conducta moral, que a normas de conducta jurídica; si bien es cierto, que ambas persiguen de alguna forma, regular la conducta humana, las primeras carecen de sanción estatal, mientras que las segundas cuando se refieren al delito, su característica básica es la amenaza de la sanción del Estado.

Al no prosperar la concepción del delito, relacionando a ésta con la moral y el deber, se intenta definirlo como una infracción al derecho, en este sentido Ortolán se refiere al

²⁴Ibid. Pág. 126.

²⁵Ibid. Pág. 126.

delito diciendo que es la violación al Derecho, criterios que también han sido condenados al fracaso ante el derecho penal contemporáneo, pues existen tantas violaciones al orden jurídico establecido, que no necesariamente constituyen delito, repetidas veces se ha dicho que viola o niega el derecho el deudor que se opone al pago de una deuda, sin que ello sea delito; por otro lado, Ernesto Binding al plantear la sugestiva teoría de las normas, indica que no debe seguirse hablando de violación del derecho al realizarse un acto delictivo, puesto que el delincuente no viola el derecho al cometer delito sino que precisamente actúa de acuerdo con él, al adecuar su conducta a lo que dice la norma.

2.5.3. Criterio natural sociológico

A pesar de que también estos criterios, podrían haberse analizado dentro de los filosóficos, resulta más importante hacerla de manera independiente. Después de realizar un estudio casi exhaustivo del delincuente desde el punto de vista antropológico, los positivistas italianos, se ven en la imperiosa necesidad de definir el delito, ya que era el presupuesto para que existiera el delincuente.

La postura más notable al respecto, quizás es la adoptada por Rafael Garófalo, al plantear la teoría del delito natural tomando como base dos clases de sentimientos, que para él fueron los más importantes, el sentimiento de piedad y el sentimiento de prohibidad, sobre los cuales construye la definición del delito natural así: "Ofensa a los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y prohibidad en la medida en que son



poseídos por un grupo social determinado.”²⁶ Con ese mismo criterio lo definen tratadistas como: Colajani, Durkheim y Enrico Ferri, éste último como creador de la sociología criminal, le da una orientación más sociológica con el objeto de desvirtuar en parte la teoría del delito natural, aunque en el fondo son análogas, por cuanto considera que el delito se refiere a las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad de un pueblo en un momento determinado al estudiarse la naturaleza del delito, se establece la independencia del derecho penal y sostenemos la necesidad de estudiarlo independientemente de las disciplinas fenomenalistas que componen la enciclopedia criminológica.

Por tal razón el criterio natural sociológico para definir el delito no tiene relevancia jurídico penal, por otro lado, estos criterios fueron en aquel tiempo adversados por casi todos los sectores de la doctrina penal, en el caso de Luis Jiménez de Asúa, criticó drásticamente a Rafael Garófalo tildándolo de ser un clásico renegado y reaccionario en sus ideas; por su parte Bernardino Alimena consideró la teoría del delito natural, como arbitraria, inútil y falsa ante la historia y psicología, porque es imposible hacer un catálogo exacto de los sentimientos en que las ofensas a los mismos determinen el delito natural.

²⁶ *Ibid.* Págs. 128-129.



2.5.4. Criterio técnico jurídico

Una vez superada la crisis por la que atravesó el derecho penal en la segunda mitad del siglo XIX, cuando estuvo sometido a especulaciones del positivismo, principia a renacer la noción jurídica del delito, con el movimiento denominado técnico jurídico, que nació en Alemania y se extendió a Italia y luego a otros países de Europa. Dicho movimiento, fruto de la dogmática alemana y del empleo del método analítico, se aparta de los extremos positivistas, para dedicarse de lleno al examen lógico del delito, dando vida a lo que en la doctrina se ha denominado la construcción técnico jurídica de la infracción que al decir del notable jurista español Federico Puig Peña, se sintetiza maravillosamente en la teoría jurídica del delito, que alcanza plena relevancia dentro del derecho penal, hasta el extremo de que casi ha venido a resumirse en ella.

El inicio de esta nueva corriente, que se desarrolla en varias etapas, en las cuales hicieron aportaciones sobre el delito por parte de los penalistas Bohemero, que construye la teoría del delito sobre bases estrictamente jurídicas; Ernesto Binding, que con su teoría de las normas, intenta llenar el vacío técnico de la teoría filosófica; y el precursor de la escuela sociológica alemana, profesor de la Universidad de Berlín, Franz Van Liszt que en el año de 1881 define el delito como "Acción antijurídica y culpable castigada con una pena."²⁷

La definición de Van Liszt se mantiene inalterable, hasta el año de 1906 cuando el profesor alemán Ernesto Beling, en su trabajo teoría del delito Die Lehre Von Verbrechen, descubre la tipicidad como uno de los caracteres principales del delito. Beling sostiene que la construcción del delito debe tomar sus elementos de la

²⁷Ibid. Págs.127-128

legislación positiva, que nos presenta tipos figuras de delito; o sea el concepto formal que por abstracción hace el legislador de los diversos hechos que son objeto de la parte especial de los códigos penales. Basándose en la tipicidad define al delito así: “Es una acción típica, contraria al derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de penalidad.”²⁸

Sus principales aportes pueden resumirse así: a) Se le atribuye haber introducido la tipicidad (Tatbestand o deliktypos), como elemento esencial del delito, tomándolo como concepto formal, que al igual que la acción no es valorativo, sino descriptivo, es decir, que pertenece a la ley no a la vida real. b) Considera la antijuricidad como característica sustantiva e independiente a la noción de delito, separada totalmente de la tipicidad, ya que hay acciones típicas que no son antijurídicas, sin que por ello dejen de ser típicas. Sostiene que todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad, siendo los restantes elementos de índole objetiva. c) Considera a la punibilidad como elemento del delito, puesto que éste debe sancionarse con una pena adecuada. d) No considera constituido el delito, si no quedan satisfechas las condiciones objetivas de punibilidad.

Es de hacer notar que en la construcción jurídica del delito que presenta Beling, los elementos característicos del hecho punible operan en forma autónoma e independiente, por lo que se hizo acreedor a diversas críticas tanto en la doctrina alemana como extranjera, atacando la abstracta y complicada terminología que emplea en la confusa teoría de los tipos, la tipicidad, asiento y base de su construcción y la consignación de las condiciones objetivas de punibilidad, que además de ser imprecisas, no pueden ser independientes; por lo que la hicieron caer en el olvido.

²⁸Ibid. Págs.127-128



El criterio que mayor trascendencia ha tenido para la definición del delito, por considerarse el más aceptable dentro del campo penal, ha sido el anotado por el movimiento técnico jurídico, en la primera mitad del presente siglo; sobre esa base, los más prodigiosos penalistas de la época, han construido sus definiciones, variando únicamente la forma de plantearlas; algunas veces se prescinde de la pena, de algún elemento característico, o bien, se añaden otros y casi siempre se altera el orden en que quedan enunciados; pero a la postre, todas responden al mismo criterio.

Por lo que a continuación se plantean algunas de las definiciones más comunes del delito. Según Luis Jiménez de Asúa "El delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado con una pena, o con ciertos casos, con determinada medida de seguridad en remplazo de ella. José María Rodríguez Devesa el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena. Para Raúl Carrancá y Trujillo el delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. Sebastián Soler manifiesta que el delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal. Por ultimo Carlos Fontán Balestra el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable." ²⁹

Al realizar el análisis de las distintas definiciones del delito, puede establecerse que estas varían en uno u otro elemento, pero coinciden en que el delito es un acto tipo, antijurídico, culpable y punible, el cual es imputable al sujeto que lleva a cabo dicha acción y sobre este recaerá la sanción establecida en la ley.

²⁹Ibid. Págs.130-136



CAPÍTULO III

3. La teoría general del delito

La teoría general del delito es la encargada de proveer de instrumentos o herramientas al derecho penal objetivo para que éste pueda definir las figuras delictivas e incorporarlas a la legislación. Con esto se contribuye a aplicar justicia penal lo más apegado al principio de legalidad posible, ya que este es un aspecto de competencia plena de la teoría del delito.

3.1. Definición

La teoría del delito tiene por objeto proporcionar instrumentos conceptuales que permitan establecer que un hecho realizado por un autor, es el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de una pena. En palabras más exactas, se preocupa del estudio de los presupuestos jurídicos de la punibilidad de la acción. No implica el estudio de los elementos que describen cada uno de los tipos de delito en particular, sino de aquellos que concurren en todo hecho punible.

Podemos definir a la teoría del delito como “la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar que es delito en general y cuáles son las características que ha de tener cualquier delito.”³⁰

La teoría general del delito expresa una serie de elementos que se presentan en forma común en todo delito, lo cual permite una idea general de todos los delitos, además de

³⁰ Arango Escobar, Julio Eduardo. *Las sistemáticas causalista y finalista en el derecho penal*. Pág. 5.



establecer un punto de vista jurídico dentro del ordenamiento jurídico-penal de un Estado. Según la postura asumida por cada legislador se verá reflejada en el conjunto de delitos que regule en la parte especial del Código Penal, la cual será respaldada por las normas jurídicas que regulan la parte general.

3.2. Elementos del delito

Los elementos en la teoría del delito, permiten una descripción del problema complejo que se enfrenta cuando se trata de estudiar al delito, visto por tanto no como un todo englobado, sino como un todo integrado en varias partes susceptibles cada una de ser reformadas.

Los albores de la teoría del delito los encontramos en la edad media, con la preocupación de los canonistas de establecer una relación personal o subjetiva entre el sujeto y su hecho, lo que era una lógica consecuencia del sentido expiatorio que se le daba a la pena por lo que la culpabilidad no sólo surge como un presupuesto y fundamento de la pena, sino al mismo tiempo permite graduarla. Se iniciaba una nueva corriente de pensamiento más analítico, que más tarde vendría a incorporar la antijuridicidad como acompañante unido indisolublemente a la culpabilidad dentro de la teoría del delito, lo que va generando diferentes momentos dentro de la concepción del delito.

El tipo por otra parte, constituye un presupuesto necesario y en cierta forma especial en cuanto a la política legislativa del crimen, que ha de considerarse de esta forma para el establecimiento de normas tuitivas. Sólo son hechos delictivos aquellos que aparecen



descritos en un tipo legal. El tipo legal, es por tanto, aquella parte de una disposición legal que describe un determinado hecho.

La tipicidad, es la encargada dentro de la teoría del delito de definir la adecuación de un hecho; con la descripción que de él hace un tipo legal. La antijuricidad o antijuridicidad, la contravención de ese hecho típico, con todo el ordenamiento jurídico y la culpabilidad, el reproche porque el sujeto pudo actuar de otro modo.

El delito debe definirse de forma tripartita, incluida en ésta la tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad. Sin embargo, los elementos del delito son: "la acción o conducta humana, la tipicidad, la antijuricidad, o antijuridicidad, la culpabilidad, la imputabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad, la punibilidad nombrándose en algunos casos a los mencionados como elementos positivos del delito y a sus respectivas formas antagónicas como elementos negativos del delito."³¹

Es necesario entonces, establecer de manera clara y precisa cuales son los elementos del delito, ya que como se indicó el delito está integrado tanto de elementos positivos, como negativos que concurren en la comisión del hecho delictivo y sirven de fundamento para determinar la sanción que se impondrá a quien lleve a cabo dichas conductas.

³¹ De León Velasco, Héctor Anibal. Ob Cit. Pág. 141

3.2.1. La acción

Las normas del derecho penal tienen por objeto acciones humanas; se refieren tanto a la realización de una acción en sentido estricto (como comportamiento activo), como a la omisión de un comportamiento humano. La función del concepto de acción no es otra que la de establecer el mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento humano. La acción incluye dos fases, estas fases son conocidas como el iter criminis, que significa el camino del crimen hasta su realización, es la vida del delito desde que nace en la mente de su autor, hasta la consumación.

a) Fase interna: ocurre en el pensamiento del autor, en donde se propone la realización de un fin; para llevar a cabo ese fin selecciona medios necesarios, esta selección solo ocurre a partir de la finalidad, cuando el autor ésta seguro de lo que quiere y decide resolver el problema, como lo quiere.

b) Fase externa: después de realizar internamente su plan, el autor, ejecuta la actividad en el mundo externo; pone en marcha conforme a su fin sus actividades, su proceso de ejecución del acto.

La acción como elemento positivo del delito “consiste en una manifestación de la conducta humana, consciente o inconsciente, algunas veces positiva o negativa que causa una modificación en el mundo exterior y está prevista por la ley.”³²

En el derecho penal, la acción es la manifestación de la voluntad delictiva, la comisión de un acto penado por la ley, la cual puede tener dos formas positiva y negativa. A la primera se la denomina acción, y a la segunda omisión.

³²Ibid. Pág.142

3.2.2. Teorías de la acción

La teoría de la causalidad se subdivide fundamentalmente en dos grandes corrientes: la de la equivalencia de las condiciones y la de la causalidad adecuada. La equivalencia obedece a la acción ciega y se le considera, sin interferencia alguna de nociones valorativas o subjetivas.

Serán los elementos normativos del delito la antijuricidad y la culpabilidad en sentido amplio (reprochabilidad), los encargados de circunscribir dentro del cuadro puramente fáctico, aquello que en justicia ha de merecer sanción. No obstante, hay un definido límite a esa amplitud: los factores que pudieran originar el suceso quedan fuera de toda consideración jurídico penal, sino es posible conectarlos como *conditio sine qua non* al resultado producido.

La causalidad adecuada en cambio, atiende a la eficacia intrínseca de la condición para producir en abstracto la consecuencia dada. Si juntamos los elementos de argumentación de una y otra teoría, nos encontramos con lo siguiente: “no hay acción ciega, en la acción va la voluntad (finalismo); si el agente se propone un fin y lo logra es que en su conducta hubo dolo (finalísimo); la acción es ciega, sin interferencia de nociones valorativas subjetivas (equivalencia); la antijuricidad y la culpabilidad, elementos normativos del delito, circunscribirán dentro del cuadro fáctico aquello que en justicia haya de merecer sanción (equivalencia); los factores hipotéticamente casuales del suceso fuera de la consideración jurídico penal si no se les puede conectar al resultado producido *conditio sine qua non* (equivalencia), en el análisis de la

acción hay que atender a la eficacia intrínseca de la condición para producir en abstracto la consecuencia dada (causalidad adecuada).³³

La teoría causal reduce, pues, el concepto de acción a un proceso causal prescindiendo por completo de la vertiente de la finalidad. Con ello desconoce la realidad de las acciones humanas que no son simples procesos causales voluntarios, sino procesos causales dirigidos a un fin. Es pues, lógico que ese fin sea también tomado en cuenta en el momento de establecer el concepto de acción.

3.2.3. Falta de acción penalmente relevante

En determinadas circunstancias se da la falta de voluntad, razón por la cual no hay acción penalmente relevante, algunos casos son los siguientes:

a) Fuerza exterior. En el artículo 25 numeral 2 del Código Penal vigente Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala (que sigue la teoría causalista) indica que fuerza exterior es: “ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él.”

Por lo que la fuerza irresistible es una causa de inculpabilidad; o sea que este caso lo torna como ausencia de voluntad, cuando en realidad lo que hay, es que para el derecho penal no tiene ninguna importancia la acción realizada, y en consecuencia no es válido el examen de la voluntad, puesto que no hay acción.

³³Ibid. Págs. 143-144.



La fuerza exterior es un hecho que se realiza en forma tal, que no deja al que la sufre ninguna opción; es decir, su voluntad no tiene nada que ver. Por ejemplo, si una persona es amarrada a un árbol para impedirle que cumpla un deber que está obligado a realizar, aquí se da la fuerza irresistible; falta la acción, si el deber no cumplido es una conducta esperada por el derecho; éste es el caso de los delitos de omisión. El que actúa violentando por la fuerza irresistible no realiza acción alguna relevante para el derecho, se considera como un mero instrumento; en cambio el que realiza la fuerza sobre otro, es quien responde como autor directo del delito que se cometa.

b) Movimientos reflejos. Los reflejos físicos o movimientos instintivos no constituyen acción, pues tales movimientos no están controlados por la voluntad. Por ejemplo en el caso de quien tiene una convulsión epiléptica y como consecuencia de ello causa un daño, no tiene la voluntad puesta en ello. Pero es diferente de una reacción impulsiva, emocional, que sí conlleva una acción.

c) Estados de inconciencia. La situación de un sonámbulo por ejemplo se pueden realizar actos que no dependen de la voluntad y en consecuencia hay acción, penalmente relevante. Es posible también hablar de un estado de inconciencia en el hipnotizado. Algunos estados de inconciencia sin embargo, pueden ser considerados, como acción si la misma fue buscada de propósito, en estos casos lo penalmente relevante es el actuar precedente.

3.2.4. Formas de la acción

Las formas más comunes en las cuales se manifiesta la acción y que deben tomarse en cuenta al momento de sancionar un hecho delictivo son las siguientes:

a) La acción y resultado: Al realizarse una acción penalmente relevante, generalmente se modifica una situación en el mundo exterior. Así, la acción como manifestación de la voluntad, produce siempre un resultado en el mundo externo. Existe siempre una conexión entre la acción y el resultado, cuando el resultado no se produce, a pesar de la voluntad y los medios puestos en ello, se da solamente la tentativa. De tal suerte, que la acción y el resultado son dos cosas distintas. La distinción tiene gran importancia es simple manifestación de voluntad, resultado es la consecuencia externa derivada de la manifestación de la voluntad. En los delitos de acción, o simple actividad no tiene importancia la relación de causalidad. Pero en los de resultado sí.

b) La imputación objetiva: En los delitos de resultado siempre hay una relación de causalidad entre acción y resultado, es decir, una relación que permite, en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido, al autor de la conducta que lo causa, o sea que la relación entre acción y resultado se denomina imputación objetiva del resultado. Tiene que haber una relación de casualidad, en los delitos de resultado, que permita la imputación al autor. La relación de casualidad entre acción y resultado es la imputación objetiva, y es el presupuesto mínimo para exigir responsabilidad, por eso es un elemento del tipo, especialmente de resultado.

c) Teorías sobre la relación de causalidad: Para resolver los múltiples problemas hay muchas teorías. Las dos más importantes son: a) Equivalencia de condiciones. Todas



las condiciones de un resultado son equivalentes. b) Adecuación. Sólo es condición aquella generalmente adecuada para producir el resultado; cuando una persona normal colocada en la misma situación hubiera podido prever que el resultado se produciría inevitablemente, si la acción se ejercita con la diligencia debida. Si no hay previsibilidad ni diligencia, la acción es adecuada.

3.3. La omisión

El ordenamiento jurídico ordena en las normas, que los ciudadanos se abstengan de realizar determinadas acciones, sin embargo, hay algunas normas (las preceptivas o imperativas) que ordenan acciones, y la omisión de las mismas pueden producir resultados. Es decir, el ordenamiento penal, sanciona en algunos casos, la omisión de algunas acciones determinadas.

El autor de una omisión, debe estar en condiciones de realizarla; por lo cual se dice que la omisión no es un simple no hacer nada, sino no realizar una acción que el sujeto está en condición de hacer; como ejemplo podría mostrarse el caso de una persona parálitica, en silla de ruedas, no omite auxiliar a alguien que se está ahogando, puesto que él mismo no está en condiciones de realizar alguna acción. La acción y la omisión son subclases del comportamiento humano susceptibles de ser reguladas por la voluntad final. Acción y omisión no son dos clases distintas, sino dos subclases del comportamiento humano.

3.3.1. Características de la omisión penalmente relevante

La omisión penalmente relevante es “la omisión de la acción jurídicamente esperada.”

³⁴ La omisión que importa al derecho penal es aquella que alguien debió realizar, el delito de omisión consiste siempre en la infracción de un deber impuesto por la ley en función de la protección de determinados bienes jurídicos. El deber jurídico se incumple al omitir el sujeto la acción que corresponde al deber jurídico. No existe una omisión en sí, es decir no es un simple no hacer nada, sino la omisión de una acción determinada que el sujeto está en posibilidades de hacer.

De todas las acciones posibles, al orden jurídico penal le interesa aquella que el sujeto tiene un deber jurídico en general: auxiliar, impedir que se cometa un delito; o bien un deber jurídico en particular: auxiliar porque se es agente del orden público, o porque su trabajo se lo impone, o porque su condición social así lo ha determinado. El delito de omisión es siempre la infracción de un deber jurídico. Lo esencial del delito de omisión es la infracción de la acción esperada por el orden jurídico.

3.3.2. Clases de omisión penalmente relevante

Las clases de omisión penalmente relevante que regula el Código Penal guatemalteco son las siguientes:

³⁴Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal, parte general* Pág. 32



- a) Propia: la simple infracción de un deber. En estos delitos se castiga la omisión del deber de actuar, pudiendo dar el ejemplo del delito de omisión de auxilio (Artículo 156 del Código Penal decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala).
- b) Delitos de omisión con un resultado: en estos la omisión se conecta a un resultado, es decir consentir la inactividad que falta al cumplimiento de un deber jurídico, por ejemplo el delito de peculado (Artículo 445 del Código Penal decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala).
- c) Delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión, según nuestra legislación penal vigente): cuando la forma omisiva puede ser equiparada a la activa que se menciona concretamente en los tipos. En ellos la omisión se conecta a un resultado prohibido, pero en el tipo legal no se menciona expresamente la forma de comisión omisiva. En estos casos la omisión del deber jurídico produce un resultado como que si el sujeto en realidad hubiese actuado; esto genera problemas de interpretación prácticos al tratar de dilucidar cuando la forma omisiva se equipara a la activa.

Dice Muñoz Conde “el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalente, desde el punto de vista valorativo y al incluir, por tanto también en la descripción típica del comportamiento prohibido, determinados comportamientos omisivos.”³⁵

³⁵Jiménez de Asúa, Luis, Ob. Cit; pág. 222.



Por lo que en las situaciones descritas, es decir el no obrar en determinadas situaciones constituye la existencia de un delito, pues se lesiona un derecho ajeno, por no realizar los actos que evitarían esa infracción a la ley.

3.3.3. La relación de conexidad o causalidad en la omisión

Lo que interesa en los delitos de impropia omisión, es la posibilidad que tuvo el sujeto de evitar un resultado; es decir que si el sujeto hubiera realizado la acción esperada, el resultado no se hubiera producido. Para resolver tales problemas son útiles las teorías de la adecuación, del incremento del riesgo y del fin de la protección de la norma.

3.3.4. El deber de evitar el resultado

No basta con que el resultado no se produzca, es necesario que el sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado, ésta es la llamada posición de garante que convierte al sujeto en garante de que el resultado no se producirá. Con el objeto de minimizar las dificultades con que se tropieza en la realidad, para establecer la posición de garante se ha dicho que: sólo aquellas personas que tienen una especial vinculación con el bien jurídico protegido pueden ser considerados garantes de la integridad del mismo y ello realmente, porque en los delitos impropios de omisión lo que sucede es que se ha verificado la comisión de un resultado por la omisión de un deber jurídico establecido a una persona que se encontraba como garante de que aquel resultado no se produciría.



CAPÍTULO IV

4. La tipicidad en el delito

La tipicidad como elemento positivo del delito, se refiere a adecuar la conducta humana a la norma legal establecida. Ya que los dispositivos que la ley utiliza para individualizar conductas penadas son los llamados tipos. Cuando algún hecho realizado por un sujeto, se adecua a un tipo penal, entonces se genera la tipicidad, la encuadrabilidad de la conducta humana al molde contenido en ley, es decir el tipo.

4.1. Terminología

En cada tipo, encontramos no un hecho aislado y por tanto separado de los demás elementos del delito, o peor aún, ajeno a las características individuales del delincuente.

Todo lo contrario, en un tipo podemos encontrar elementos subjetivos lo mismo que objetivos. Lo que permite referirnos al error de tipo y darle relevancia al referirse a uno u otro, toda vez que en la renovación de derecho penal de España, se distingue ya una diferencia entre el dolo natural y uno llamado dolo malo, recayendo en el primero y por tanto en el aspecto objetivo de la tipicidad, un error de tipo. Debemos recordar que a diferencia de la antijuricidad y la culpabilidad, la tipicidad si resulta un tema exclusivamente penal.

La tipicidad como elemento positivo característico del delito, y el tipo como especie de infracción penal, son la versión española más generalizada de los términos alemanes *tatbestand* y *deltktypos* que los autores italianos han denominado *fattispecie* o

simplemente fatto y que los tratadistas hispanos y sudamericanos (argentinos y chilenos especialmente) conocen como encuadrabilidad o delito tipo; en nuestro país generalmente hablamos de tipicidad, cuando nos referimos al elemento delito, y tipificar cuando se trata de adecuar la conducta humana a la norma legal.

4.2. Génesis y evolución

Como quedó mencionado anteriormente (cuando analizamos el criterio técnico-jurídico para la definición del delito), se atribuye al profesor alemán Ernesto Beling (con su teoría del delito), haber concebido en el año 1906 la tipicidad como elemento fundante del delito, al decir que “es la condición sine qua non para tildar de criminal la conducta humana. Beling sostenía que en los numerosos hechos de la vida real el legislador realiza un proceso de abstracción en virtud del cual, eliminando los elementos accidentales, estampa en la ley a manera de síntesis, las líneas generales del hecho delictivo.”³⁶

Así considerado el tipo del delito, estaba integrado únicamente por elementos objetivos descritos en la norma penal, con exclusión de los elementos del tipo subjetivo, convirtiendo así a la tipicidad en una mera descripción de la conducta humana, en un tipo rector, carente de valoración e independiente de los demás caracteres del delito.

Posteriormente en 1915 el contemporáneo Max Ernesto Mayer, concibió la tipicidad como un indicio de la antijuricidad, al sostener que la tipicidad era la razón del conocimiento; ratio cognoscendi; de la antijuricidad. Postura francamente superada

³⁶Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal, parte general* Pág. 36

por el penalista de Munich, Edmundo Mezger quien la presentó no como la razón de conocimiento, sino como la razón esencial (ratio essendi) de la antijuricidad. Posiblemente los cuestionamientos hechos por sus connacionales Mayer y Mezger, y las posturas adoptadas por éstos obligaron a Beling a revisar su teoría y en los años 1930 en adelante, presenta al deliktypos tipo o figura de delito formado por todos los elementos objetivos y subjetivos de la infracción, de esta manera el deliktypos encierra la conducta antijurídica y culpable, como una valoración real que tiene su existencia en la ley, a diferencia del tatbestand que era una pura abstracción conceptual.

Se establece que el tipo del delito tiene su existencia en la ley, siendo a un tiempo tipo de lo injusto y tipo de la culpabilidad, porque los tipos delictivos, son tipos de conductas antijurídicas y culpables.

4.3. Definición de tipicidad

Después de haber leído varios tratadistas de la ciencia penal, con relación a la tipicidad, es importante anotar que resulta curioso observar que la mayoría de autores tratan el tema sin precisar una definición concreta del mismo y muchas veces no delimitan claramente lo que es la tipicidad, dando el concepto de tipo, por ejemplo Alfonso Reyes Echandia, define la tipicidad como "La abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible;"³⁷ lo cual con todo respeto consideramos que es equivocado por cuanto eso sería una definición de lo que es tipo penal o tipo legal.

³⁷ Ibid. Pág. 160

El penalista mexicano Carrancá y Trujillo dice que el tipo no es otra cosa “que la acción injusta descrita concretamente por la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal; citando a Jiménez de Asúa, recalca que el tipo legal es la abstracción concreta que ha tratado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la realización del hecho que se cataloga en la ley como delito. Y tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto.”³⁸

Es muy importante pues, saber diferenciar la tipicidad del tipo, este se encuentra en las normas penales, mientras que aquella es la encuadrabilidad de la conducta humana al molde abstracto que describe la ley tipo legal, tipo penal o simplemente tipo.

4.4. Naturaleza y función de la tipicidad

Con respecto a su naturaleza, se ha aceptado en toda la doctrina dominante, que la tipicidad es un elemento positivo del delito, y como tal es obvio que su estudio se realice dentro de la teoría general del delito postura, que fue totalmente indiscutible, hasta que un grupo de penalistas mexicanos presentan a partir del año 1965 una novedosa corriente del derecho penal moderno (teoría pitagórica del derecho penal), en donde el tipo y la punibilidad, según indican fueron rescatados de la teoría del delito lugar que nunca debieron ocupar y trasladados de la teoría de la ley penal.

El primero, consiste en que la teoría de la ley penal estudiaba cualquier materia, excepto la que sí le es propia o sea el tipo y la punibilidad (para ellos era una teoría de la ley Penal sin ley penal), y el segundo reside en la amalgama de conceptos

³⁸ Ibid. 160-162

heterogéneos en la teoría del delito, esto es, se mezclaban conceptos del mundo de los hechos (del ser). Por otro lado, consideraron que el tipo, en la sistemática dominante presenta una arquitectura realmente extraña, entendido como "Una descripción de conducta: según ellos lo que menos debe tener es la conducta; consideran también que en la teoría del delito aparece la conducta flotando: sin nada en el escaño anterior al tipo por lo que su misma ubicación invalida la definición de la tipicidad."³⁹

En la actualidad, quizás por lo poco conocido de la misma esta corriente no ha tenido ninguna trascendencia, más que para los mismos mexicanos que la plantearon. Por ahora el tipo pertenece a la norma penal y no es suficiente justificación para separarlo de la teoría general del delito, donde éste realiza su función más importante, que es servir de modelo legal para establecer hasta que punto una conducta humana puede ser delictiva; y es más, averiguar de que clase de delito se trata; y segundo, porque si los tipos penales o tipos iguales, no se dedicaran a describir abstractamente la conducta prohibida, entonces ¿Qué deberían contener los tipos?

Con respecto a su función la tipicidad siempre ha sido un requisito formal previo a la antijuricidad, es decir que, para que una conducta humana pueda ser considerada como antijurídica ante el derecho sustantivo, esta tiene que ser típica lo cual significa que la antijuricidad penal no existe. Pero tipicidad si puede existir aún sin antijuricidad, la comisión del hecho delictivo ha imperado una causa que legalmente lo justifique, como en el caso de la legítima defensa, el estado de necesidad y el legítimo ejercicio de un derecho, según se establece en el Artículo 24 del Código Penal vigente

³⁹ Ibid. Pág. 163-164

Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, en estos casos la conducta no deja de ser típica desapareciendo únicamente la antijuricidad.

4.5. Tipicidad y tipo

Los tipos penales tienen prevista la forma general en que un comportamiento puede estar sujeto a una sanción penal. La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido, a la descripción que ese hecho se hace en la ley penal. La tipicidad es una manifestación del principio constitucional de legalidad, pues solo los hechos descritos en la ley como delitos pueden considerarse como tales. Hay muchos comportamientos humanos, pero el legislador, destaca la reacción penal, en aquellos casos de comportamientos más intolerables y más lesivos para los bienes jurídicos.

El tipo es un concepto; describe una conducta prohibida que lleva a la imposición de una pena. Tipicidad es cualidad, es atribuir a un comportamiento determinado tipo, incluirlo en el supuesto de la norma penal.

Se estudiarán las categorías que convierten el comportamiento en delitos. Toda acción u omisión es delito si: a) Infringe el ordenamiento jurídico. b) Encuadra en la forma prevista por los tipos penales. Y c) Puede ser atribuida a su autor.

La tipicidad es la adecuación de un hecho a la descripción que se hace en la ley. Aparece el principio de intervención mínima. Se buscan imágenes conceptuales lo suficientemente abstractas que engloben los comportamientos con caracteres comunes.

4.5.1. Relación entre tipo y antijuricidad

La antijuricidad es un juicio de valor; es un juicio negativo de valor que recae sobre dicha conducta y que indica que ésta es contraria al ordenamiento jurídico. No todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante; y la tipicidad de una conducta no implica que ésta sea antijurídica; por lo que la tipicidad es indicio de antijuricidad. La antijuricidad es un juicio negativo de valor. La tipicidad no implica la antijuricidad, sino un indicio (*ratio cognoscendi*), pero no hay que confundirlas o identificarlas (*ratio esendi*).

No se puede identificar tipo y antijuricidad: la identificación conduce a la teoría de los elementos negativos del tipo; según ella, las causas de justificación, son elementos negativos del tipo, de tal suerte que quien mata en legítima defensa, ni siquiera realizaría el tipo de homicidio, sino un nada jurídico penal; pero tal conceptualización choca con el hecho de que para que haya antijuricidad, debe existir previamente tipicidad. Pero es aparte una conducta atípica y aparte una típica amparada en una causa de justificación.

Si bien, la relación entre tipo y antijuricidad es muy estrecha, pues generalmente en los elementos del tipo se incluyen las características de la acción prohibida, pero hay tipos en que sólo se describe una parte de esas características, por ejemplo en los denominados tipos abiertos.

La relación entre tipo y antijuricidad es estrecha. Hay tipos en que la ley describe características de la acción prohibida, o parte de ella. En estos casos se habla de tipos abiertos y cerrados. Estos últimos se dan en los de comisión por omisión y en los

culposos. También son abiertos aquellos en que hay que acudir a determinadas características de la antijuricidad (el que sin estar legítimamente autorizado, etc.).

Según si es en los elementos del tipo o de la antijuricidad sobre los que recae el error así tendremos error de tipo o de prohibición. El de prohibición es el que recae sobre elementos de antijuricidad. Quien cree erróneamente estar legitimado para detener a una persona, actúa típicamente, puede ser o no culpable por error sobre la antijuricidad.

4.5.2. Estructura del tipo

El tipo tiene que estar redactado de modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta que se prohíbe.

Se encuentran elementos normativos: son aquellos que implican una valoración del juzgador, por ejemplo: insolvencia, ajenidad, honestidad.

Elementos descriptivos: aquellos que describen en su totalidad la conducta, por ejemplo: matar, una conducta es contraria a la norma cuando el autor representa los siguientes elementos: a) Un cierto comportamiento, siempre que no haya causa de exclusión. b) Un resultado, la muerte de una persona. c) Relación causal entre acción y resultado. Estos elementos exteriores deben alcanzarse con la voluntad del autor, se llaman tipo objetivo. El tipo subjetivo, está compuesto por los elementos de la conciencia del autor que constituye la infracción a la norma. Algunos delitos además

requieren la concurrencia de elementos subjetivos del injusto, por ejemplo el propósito de los delitos de daño y tráfico de personas.

En algún caso es preciso preguntarse si el autor ha tenido voluntad de realizar los elementos desvalorados (voluntad de realizar el tipo objetivo). Cuando se dice ante su sorpresa se le disparó el arma se deduce que no quiso causar la muerte. Sino que actuó con error sobre uno de los elementos del tipo, la relación causal. No tuvo voluntad de causar el hecho. El error de tipo aquí es la ausencia del dolo, lo que determina que no puede haber adecuación de la acción a un tipo doloso. Pero puede subsistir la tipicidad en relación a uno culposo, si el error fuere evitable y existe el tipo culposo en la ley.

4.6. Clases de tipos

Las diversas modalidades legislativas que muestran los tipos en la parte especial del código penal guatemalteco, como así también en las leyes penales complementarias, permiten abstraer ciertas características particulares que aparecen reiteradamente en ellos y procurar así una asociación o agrupamiento de los mismos a partir de tales semejanzas o similitudes.

La clasificación de las figuras legales es de difícil sistematización, sin embargo el cuadro que de tal labor surge es materia de lo que se ha llamado la parte general de la parte especial.



Los códigos penales utilizan el bien jurídico como principio de organización de la parte especial, la estructura de los códigos se diseña agrupando por títulos y capítulos, diversas figuras delictivas nucleadas temáticamente, en función de la homogeneidad del bien jurídico protegido por todas ellas.

Esa agrupación o categorización debería ofrecer facilidades constructivas en tres ámbitos del derecho penal: a) desde el aspecto práctico de resolución de casos (académico o judicial), para predeterminar correctamente el tipo penal a aplicar en la tarea de subsunción del pragma conflictivo; b) desde la visión de cualquier operador judicial (juez, fiscal, abogado), para permitirle corroborar dentro del proceso la existencia (o inexistencia) de la prueba que acredita cada uno de los extremos que hacen a la tipicidad del delito objeto de la causa, y c) desde la posición del legislador, una correcta clasificación de los tipos penales debe inclinarlo a buscar una descripción del conflicto que desea criminalizar primariamente a través de un texto absolutamente atado al principio de máxima taxatividad legal.

Cualquier intento de sistematización prospera sólo a partir de una visión crítica y a la vez constructiva de la función del poder legislativo en el ámbito de un estado de derecho, mediante una interpretación de la letra de la ley sujeta a las premisas de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales.

4.6.1. Aspectos objetivos de los tipos activos dolosos

Conforme el concepto completo del tipo, el tipo doloso activo tiene dos aspectos uno objetivo y uno subjetivo. No es totalmente cierto que al hacer referencia a los



elementos descriptivos, haya una limitación a la exterioridad. Cuando se describe una conducta no pueden pasarse por alto los aspectos psíquicos.

4.6.2. El resultado material

Toda conducta tiene una manifestación en el mundo físico. Antes de esa conducta las cosas estaban en un estado diferente al que se hallan después de la conducta. El resultado es un ineludible fenómeno físico que acompaña a toda conducta. No hay conducta sin resultado.

Al individualizar la conducta el legislador a veces se vale del requerimiento de un resultado, pero a veces se limita a describir la conducta, admitiendo que el resultado sea cualquiera con tal que afecte el bien jurídico.

La causalidad debe admitirse en el tipo, con un punto de vista realista. La relevancia penal de la causalidad se halla limitada, dentro de la misma teoría del tipo por el tipo subjetivo, es decir, por el querer del resultado.

El sujeto activo es el autor de la conducta típica. El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico, puede no ser el sujeto pasivo del delito. Los tipos que individualizan conductas que pueden ser cometidas por cualquiera dan lugar a los delitos comunes.

Hay tipos que solo pueden ser cometidos por una persona, unisubjetivos. Otros deben ser cometidos necesariamente por varios. Hay tipos que individualizan acciones que pueden cometerse en cualquier contexto circunstancial, así aluden a circunstancias de tiempo, lugar, modo, entre otros.

Hay tipos penales que no solo contienen elementos descriptivos sino también normativos, es decir, aquellos para cuya precisión se hace necesario acudir a una valoración ética o jurídica.

4.6.3. Aspectos subjetivos de los tipos activos dolosos

Hay tipos subjetivos que se agotan en el dolo y otros que reconocen otros elementos. Todos los tipos dolosos exigen que haya una cierta congruencia entre sus aspectos objetivo y subjetivo. Hay tipos no dolosos que requieren únicamente que su aspecto subjetivo contenga el querer la realización del tipo objetivo, el homicidio solo requiere que el autor quiera la muerte de un hombre. Son muchos los ejemplos de tipo u objetivos que no se contentan con el dolo.

4.7. Dolo

Frecuentemente es el único componente del tipo subjetivo (en los casos en que el tipo no requiere otros). El dolo es querer del resultado típico. La voluntad realizadora del tipo objetivo. El conocimiento que supone este querer, es el de los elementos del tipo objetivo. En el dolo de homicidio, es el querer matar a un hombre, presupone se sepa que el objeto de la conducta es un hombre.

Dolo es pues, la voluntad realizadora del tipo objetivo; dolo es una voluntad determinada que presupone un conocimiento determinado. La representación y la voluntad son elementos del dolo.

4.7.1. Aspecto cognoscitivo

El dolo requiere conocimiento efectivo, la sola posibilidad de conocimiento no pertenece al dolo. El querer matar a un hombre, dolo del tipo de homicidio, no se integra con la posibilidad de conocer que se causa la muerte, sino con el efectivo conocimiento de que se causa, sin ese conocimiento no puede hablarse de voluntad homicida. El dolo requiere siempre cierto grado de actualización del conocimiento.

El grado de actualización que requiere el dolo no exige siempre un pensar en ello. La comprensión de la criminalidad del hecho implica el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y el conocimiento de la antijuricidad. Hay dolo tanto cuando el sujeto conoce la antijuricidad como cuando no le importa si su conducta es antijurídica. Es dolosa tanto la conducta del que sabe que está prohibido algo como del que lo sospecha y no pone interés en averiguarlo.

4.7.2. Dolo avalorado y dolo desvalorado

Para quienes sostienen una estructura finalista del delito, en los delitos dolosos el dolo está en el tipo como núcleo fundamental. Indican “que el dolo está libre de todo reproche porque la reprochabilidad (culpabilidad) es un paso posterior a la averiguación de lo injusto.”⁴⁰

Por lo tanto deben tomarse en cuenta dos elementos necesarios para poder determinar si el dolo es avalorado o desvalorado, los elementos son los siguientes:

⁴⁰ Ibid. Pág. 169.

a) Conocimientos que requiere el dolo: el aspecto cognoscitivo del dolo abarca el conocimiento de los elementos requeridos en el tipo objetivo.

b) Previsión de la causalidad y el resultado: el dolo presupone que el autor haya previsto el curso causal y la producción del resultado típico. Hay desviaciones relevantes del curso causal y desviaciones irrelevantes.

4.7.3. Errores sobre la causalidad

El dolo presupone que el autor haya previsto el curso causal y la producción del resultado típico, ya que sin esa previsión jamás se podría hablar de dolo. No obstante, no se requiere la previsión de la causalidad o de la forma en que se produzca el resultado lo sea en sus más mínimos detalles. Por lo cual a continuación se detallan los errores sobre la causalidad:

a) *Aberratio Ictus*. Cuando el objeto de la conducta y el ente que resulta afectado no son equivalentes. La *aberratio ictus* también suele llamarse error en el golpe

b) El error en la persona. Si el bien es equivalente no hay problema, se elimina el dolo. Cuando la desviación resulta irrelevante para el dolo sí importa, como quien confunde a su enemigo con el vecino y dirige su conducta a matar al vecino, es homicidio.

c) *Dolus generalis*: Es un error sobre la causalidad en que el autor cree haber alcanzado el resultado, pero este sobreviene en el curso causal. Para que haya dolo es necesario que haya un plan unitario, es decir, una unidad de decisión.



4.8. Clases de dolo

En el dolo directo el sujeto quiere realizar precisamente el resultado prohibido en el tipo. El autor quería matar y mata; en este caso aparece el llamado dolo directo en primer grado.

También existe el dolo en que el autor, no quiere una de las consecuencias pero la admite como unida al resultado final; es decir, prevé una consecuencia accesorias, la acepta como necesario, y la incluye en su voluntad; en este caso en que es obvia la existencia del dolo, se diferencia al definirlo como directo de segundo grado; en ambos casos hay voluntad de matar, solo que en el primero, se tiene la voluntad de hacerla sin más, y en el segundo se considera una consecuencia unida a la principal de matar.

También se conoce el dolo eventual; que consiste en que el sujeto se representa el resultado como probable producción. El dolo eventual es una categoría entre el dolo y la imprudencia. Cualquier error sobre los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto excluye el dolo. El error sobre los elementos del tipo excluye el dolo, ello es distinto de un error sobre la antijuridicidad, que será error de prohibición.





CAPÍTULO V

5. Creación de tipos delictivos por el uso indebido de la internet en la República de Guatemala

Es innegable que desde que se creó la internet como una forma de comunicación, de última generación, en nuestro país en tal sentido ha sido, una forma que no solo los delincuentes han encontrado de cometer actos que hoy en día solo se encuentran como parte de un tipo, o sea solo como un agravante o atenuante en algunos casos, o como un medio abyecto en la comisión.

Tres son las etapas en las que se funda la existencia de un delito informático: “la de su inclusión en los catálogos penales (legislación), la forma en que se debe investigar (forense informática) y la forma en que se acredita ante un juzgado o tribunal (prueba electrónica).”⁴¹

La legislación sobre protección de los sistemas informáticos debe perseguir acercarse lo más posible a los distintos medios de protección ya existentes, creando una nueva regulación sólo en aquellos aspectos en los que, basándose en las peculiaridades del objeto de protección, sea imprescindible. Si se tiene en cuenta que los sistemas informáticos, pueden entregar datos e informaciones sobre miles de personas, naturales y jurídicas, en aspectos tan fundamentales para el normal desarrollo y funcionamiento de diversas actividades como bancarias, financieras, tributarias, previsionales y de identificación de las personas. Y si a ello se agrega que existen bancos de datos, empresas o entidades dedicadas a proporcionar, si se desea,

⁴¹<http://iusnava.wordpress.com/>(Consulta, Guatemala 19/06/2012)



cualquier información, sea de carácter personal o sobre materias de las más diversas disciplinas a un Estado o particulares; se comprenderá que están en juego o podrían llegar a estarlo de modo dramático, algunos valores colectivos y los consiguientes bienes jurídicos que el ordenamiento jurídico institucional debe proteger. No es la amenaza potencial de la computadora sobre el individuo lo que provoca desvelo, sino la utilización real por el hombre de los sistemas de información con fines de espionaje. No son los grandes sistemas de información los que afectan la vida privada sino la manipulación o el consentimiento de ello, por parte de individuos poco conscientes e irresponsables de los datos que dichos sistemas contienen. La humanidad no está frente al peligro de la informática sino frente a la posibilidad real de que individuos o grupos sin escrúpulos, con aspiraciones de obtener el poder que la información puede conferirles, la utilicen para satisfacer sus propios intereses, a expensas de las libertades individuales y en detrimento de las personas. Asimismo, la amenaza futura será directamente proporcional a los adelantos de las tecnologías informáticas.

La protección de los sistemas informáticos puede abordarse tanto desde una perspectiva penal como de una perspectiva civil o comercial, e incluso de derecho administrativo.

Estas distintas medidas de protección no tienen por qué ser excluyentes unas de otras, sino que, por el contrario, éstas deben estar estrechamente vinculadas. Por eso, dadas las características de esta problemática sólo a través de una protección global, desde los distintos sectores del ordenamiento jurídico, es posible alcanzar una cierta eficacia en la defensa de los ataques a los sistemas informáticos.



5.1. La internet

En el año de 1,969, Charley Kline, estudiante de programación, encendió la computadora Sigma 7 de la Universidad de California, Los Angeles (UCLA); bajo la supervisión de su profesor Leonard Kleinrock, abrió los programas correspondientes y a las 22.30 hora local intentó conectarse a la computadora 940, ubicada en el Stanford Research Institute (SRI) de Menlo Park, a 568 kilómetros de distancia. Kline quiso escribir el mensaje login, pero sólo las dos primeras letras fueron transferidas de una máquina a otra, porque el sistema colapsó. La palabra completa pudo transmitirse recién una hora después. Este fracaso fue en realidad la primera comunicación entre dos computadoras que no estaban conectadas directamente sino a través de la red ARPANET, y sería la base de lo que hoy conocemos como internet.

Se crean pequeñas computadoras las cuales eran llamadas procesadores de interfaz de mensaje (IMPs) y son lo que hoy conocemos como routers. Gracias a una memoria de 24 kilobytes (hoy irrisoria), guardaban y luego transferían la información a 50 kilobits por segundo, a través de un modem telefónico.

El llamado protocolo 1822 garantizaba la llegada del mensaje de un punto a otro de forma confiable, y avisaba si eso no ocurría. La red además fue el origen del correo electrónico: el primer e-mail se envió en 1971, y dos años después, el 75% de la red se usaba para ese fin. En 1973 inventaron el protocolo de transferencia de archivos (FTP), que permitió enviar no sólo mensajes, sino también documentos enteros a través de la red. Tras el primer experimento, en diciembre de 1969 ya había cuatro computadoras distintas de California y Utah conectadas a ARPANET.



En marzo del año siguiente, la red llegó a la costa Este de Estados Unidos. Para fines de 1971 eran 23 máquinas. Diez años después, en 1981, eran 213. Internet recién llegaría al público masivo a mediados de los años '90. La ARPANET original se convirtió en internet; ya que la internet se basó en la idea de que habría múltiples redes independientes con un diseño bastante arbitrario.

Internet tal y como la conocemos hoy en día plasma una idea técnica subyacente fundamental, que es la de red de arquitectura abierta. En este enfoque, la selección de una tecnología de redes no la dictaba una arquitectura particular de redes, sino que la podía elegir libremente un proveedor y hacerla trabajar con las demás redes a través de una meta arquitectura de inter redes. Hasta ese momento solo había un método general para generar redes. Era el método tradicional de conmutación de circuitos, en el que las redes se interconectaban a nivel de circuito, pasando bits individuales de forma síncrona a través de una parte de un circuito completo entre un par de ubicaciones finales.

Se busca desarrollar una nueva versión del protocolo que podría cubrir las necesidades de un entorno de redes de arquitectura abierta. Este protocolo se llamaría más adelante Protocolo de Control de Transmisión/Protocolo de Internet (TCP/IP).

Cuatro reglas básicas fueron fundamentales en la primera concepción de la nueva forma de comunicación que se empezaba a desarrollar:

a) Cada red diferente debería mantenerse por sí misma, y no debía ser necesario cambio interno alguno para que esas redes se conectasen a internet.



b) La comunicación se haría en base al mejor esfuerzo. Si un paquete no llegaba a su destino final, se retransmitía poco después desde el origen.

c) Se usarían cajas negras para conectar las redes; más adelante, estas cajas negras se llamarían puertas de enlace y enrutadores. Las puertas de enlace no guardarían información acerca de los flujos individuales de paquetes que pasaban por las mismas, manteniendo su sencillez y evitando la complicación de la adaptación y la recuperación a partir de varios modos de error.

d) No habría control global a nivel operativo.

Otros problemas clave que había que resolver eran, conforme se desarrollaba la internet eran los siguientes:

a) Algoritmos para evitar que los paquetes perdidos impidiesen permanentemente las comunicaciones y permitir que dichos paquetes se retransmitiesen correctamente desde el origen.

b) Ofrecer segmentación de host a host para que se pudiesen enviar múltiples paquetes desde el origen hasta el destino, según el criterio de los hosts, si las redes intermedias lo permitían.

c) Funciones de puerta de enlace para poder reenviar paquetes de manera adecuada. Esto incluía interpretar encabezados para enrutar, manejar interfaces, dividir paquetes en partes más pequeñas si era necesario.

d) La necesidad de sumas de verificación de extremo a extremo, re ensamblaje de paquetes a partir de fragmentos y detección de duplicados.

e) La necesidad de un abordaje global.



- f) Técnicas para el control del flujo de host a host.
- g) Interfaces con los diferentes sistemas operativos.
- h) Había además otras preocupaciones, como la eficacia en la implementación y el rendimiento de las redes, pero estas, en principio, eran consideraciones secundarias.

Con el paso de los años y los estudios que se llevan a cabo para mejorar los sistemas de comunicación a través de las computadoras, se deben tomar en cuenta algunos enfoques básicos los que se detallan a continuación:

- i) La comunicación entre dos procesos consistiría lógicamente en una secuencia larguísima de bytes (los llamaron octetos). Se usaría la posición de un octeto en la secuencia para identificarlo.
- ii) El control de flujo se haría usando ventanas deslizantes y confirmaciones. El destino podría decidir cuándo confirmar, y cada confirmación devuelta se acumularía para todos los paquetes recibidos hasta ese momento.
- iii) No se concretó la manera exacta en la que el origen y el destino acordarían los parámetros de división de particiones que se usaría. Al principio se usaban los valores predeterminados.

Una de las principales motivaciones iniciales de ARPANET e internet era compartir recursos, por ejemplo, permitir a los usuarios de las redes de radio paquetes acceder a sistemas de tiempo compartido conectados a ARPANET. Conectar ambos era mucho más económico que duplicar estos ordenadores tan caros. Sin embargo, aunque la



transferencia de archivos y el inicio de sesión remoto eran aplicaciones muy importantes, el correo electrónico ha sido, probablemente, la innovación de aquella época con mayor impacto.

El correo electrónico ofreció un nuevo modelo de comunicación entre las personas, y cambió la naturaleza de la colaboración, primero en la creación de la propia internet y después para gran parte de la sociedad.

Se propusieron otras aplicaciones en los primeros tiempos de internet, incluyendo la comunicación de voz basada en paquetes, el precursor de la telefonía por internet; varios modelos para compartir archivos y discos y los primeros programas gusano que mostraron el concepto de agentes.

Un concepto clave de internet es que no se había diseñado solo para una aplicación, sino como una infraestructura general en la que se podían concebir nuevas aplicaciones, como se puede verificar más adelante con la aparición de la World Wide Web.

5.2. Definición de delitos informáticos

Se podría definir el delito informático como toda acción (acción u omisión) culpable realizada por un ser humano, que cause un perjuicio a personas sin que necesariamente se beneficie el autor o que, por el contrario, produzca un beneficio ilícito a su autor aunque no perjudique de forma directa o indirecta a la víctima,



tipificado por la ley, que se realiza en el entorno informático y está sancionado con una pena.

De esta manera, el autor mexicano Julio Tellez Valdez señala que los delitos informáticos son “actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto atípico) o las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto típico).”⁴²

Por su parte, el tratadista penal italiano Carlos Sarzana, sostiene que “los delitos informáticos son cualquier comportamiento criminal en que la computadora está involucrada como material, objeto o mero símbolo.”⁴³

A nadie escapa la enorme influencia que ha alcanzado la informática en la vida diaria de las personas y organizaciones, y la importancia que tiene su progreso para el desarrollo de un país. Las transacciones comerciales, la comunicación, los procesos industriales, las investigaciones, la seguridad, la sanidad, entre otras; son todos aspectos que dependen cada día más de un adecuado desarrollo de la tecnología informática.

Junto al avance de la tecnología informática y su influencia en casi todas las áreas de la vida social, ha surgido una serie de comportamientos ilícitos denominados, de manera genérica, delitos informáticos.

En la actualidad las computadoras se utilizan no solo como herramientas auxiliares de apoyo a diferentes actividades humanas, sino como medio eficaz para obtener y

⁴²<http://www.internetsociety.org>. (Consulta Guatemala, 15/06/2012)

⁴³*Ibid.*



conseguir información, lo que las ubica también como un nuevo medio de comunicación, y condiciona su desarrollo de la informática; tecnología cuya esencia se resume en la creación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de datos.

En la actualidad, en cambio, ese enorme caudal de conocimiento puede obtenerse, además, en segundos o minutos, transmitirse incluso documentalmente y llegar al receptor mediante sistemas sencillos de operar, confiables y capaces de responder casi toda la gama de interrogantes que se planteen a los archivos informáticos.

El término delitos relacionados con las computadoras se define como cualquier comportamiento antijurídico, no ético o no autorizado, relacionado con el procesado automático de datos y/o transmisiones de datos. La amplitud de este concepto es ventajosa, puesto que permite el uso de las mismas hipótesis de trabajo para toda clase de estudios penales, criminólogos, económicos, preventivos o legales.

En la actualidad la informatización se ha implantado en casi todos los países. Tanto en la organización y administración de empresas y administraciones públicas como en la investigación científica, en la producción industrial o en el estudio e incluso en el ocio, el uso de la informática es en ocasiones indispensable y hasta conveniente. Sin embargo, junto a las incuestionables ventajas que presenta comienzan a surgir algunas facetas negativas, como por ejemplo, lo que ya se conoce como criminalidad informática.

El espectacular desarrollo de la tecnología informática ha abierto las puertas a nuevas posibilidades de delincuencia antes impensables. La manipulación fraudulenta de los ordenadores con ánimo de lucro, la destrucción de programas o datos y el acceso y la



utilización indebida de la información que puede afectar la esfera de la privacidad, son algunos de los procedimientos relacionados con el procesamiento electrónico de datos mediante los cuales es posible obtener grandes beneficios económicos o causar importantes daños materiales o morales.

Algunas de las características de los delitos que se cometen por medio de la internet según el mexicano Julio Tellez Valdez establece que “Son conductas criminales de cuello blanco (white collar crime), en tanto que sólo un determinado número de personas con ciertos conocimientos (en este caso técnicos) puede llegar a cometerlas, son acciones ocupacionales, en cuanto a que muchas veces se realizan cuando el sujeto se halla trabajando. Son acciones de oportunidad, ya que se aprovecha una ocasión creada o altamente intensificada en el mundo de funciones y organizaciones del sistema tecnológico y económico. Provocan serias pérdidas económicas, ya que casi siempre producen beneficios de más de cinco cifras a aquellos que las realizan. Ofrecen posibilidades de tiempo y espacio, ya que en milésimas de segundo y sin una necesaria presencia física pueden llegar a consumarse. Son muchos los casos y pocas las denuncias, y todo ello debido a la misma falta de regulación por parte del Derecho. Son muy sofisticados y relativamente frecuentes en el ámbito militar. Presentan grandes dificultades para su comprobación, esto por su mismo carácter técnico. Tienden a proliferar cada vez más, por lo que requieren una urgente regulación. Por el momento siguen siendo ilícitos impunes de manera manifiesta ante la ley.”⁴⁴

En ese mismo orden de ideas podemos concluir que los delitos informáticos son una práctica ilícita que se realiza con la finalidad de perjudicar a los usuarios de la internet.

⁴⁴ Ibid.

5.3. Delitos que se cometen por el uso indebido de internet en la legislación comparada

Según establece Julio Tellez Valdes los delitos informáticos pueden clasificarse con base a dos criterios: como instrumento o medio, o como fin u objetivo.

Como instrumento o medio: se tienen a las conductas criminógenas que se valen de las computadoras como método, medio, o símbolo en la comisión del ilícito. Como fin u objetivo: en ésta categoría se enmarcan las conductas criminógenas que van dirigidas en contra de la computadora, accesorios o programas como entidad física.

María de la Luz Lima, presenta una clasificación, de los que ella llama delitos electrónicos diciendo que existen tres categorías, a saber: “Los que utilizan la tecnología electrónica como método (Conductas criminógenas en donde los individuos utilizan métodos electrónicos para llegar a un resultado ilícito) Los que utilizan la tecnología electrónica como medio (Conductas criminógenas en donde para realizar un delito utilizan una computadora como medio o símbolo) y los que utilizan la tecnología electrónica como fin (conductas criminógenas dirigidas contra la entidad física del objeto o máquina electrónica o su material con objeto de dañarla).”⁴⁵

Los sujetos de la tipificación:

a) Sujeto activo: son aquellas personas que poseen ciertas características que no presentan el denominador común de los delincuentes, es decir los sujetos activos tienen habilidades para el manejo de los sistemas informáticos y generalmente por su situación laboral se encuentran en lugares estratégicos donde se maneja información

⁴⁵http://www.chiaravalloti_asociados.dtj.com.ar/links_1.htm(Consulta, Guatemala 22/08/2012)



de carácter sensible, o bien son hábiles en el uso de los sistemas informatizados, aun cuando en muchos de los casos, no desarrollen actividades laborales que faciliten la comisión de este tipo de delitos.

Teniendo en cuenta las características de las personas que cometen los delitos informáticos, estudiosos en la materia los han catalogado como delitos de cuello blanco término introducido por primera vez por el criminólogo norteamericano Edwin Sutherland en el año 1943. Señala un sin número de conductas que considera como delitos de cuello blanco, aun cuando muchas de estas conductas no están tipificadas en los ordenamientos jurídicos como delitos, y dentro de las cuales cabe destacar las violaciones a las leyes de patentes y fábrica de derechos de autor, el mercado negro, el contrabando en las empresas, la evasión de impuestos, las quiebras fraudulentas, corrupción de altos funcionarios, entre otros.

b) Sujeto pasivo en primer término tenemos que distinguir que el sujeto pasivo o víctima del delito es el ente sobre el cual recae la conducta de acción u omisión que realiza el sujeto activo, y en el caso de los delitos informáticos, mediante él podemos conocer los diferentes ilícitos que cometen los delincuentes informáticos, que generalmente son descubiertos casuísticamente debido al desconocimiento del modus operandi.

Ha sido imposible conocer la verdadera magnitud de los delitos informáticos ya que la mayor parte de los delitos no son descubiertos o no son denunciados a las autoridades responsables; que sumado al temor de las empresas de denunciar este tipo de ilícitos por el desprestigio y su consecuente pérdida económica que esto pudiera ocasionar.



5.3.1. Legislación española

Con la expresión delito informático se define a todo ilícito penal llevado a cabo a través de medios informáticos y que está íntimamente ligado a los bienes jurídicos relacionados con las tecnologías de la información o que tiene como fin estos bienes.

El Código Penal de 1995 ha introducido nuevas figuras y modalidades delictivas las cuales se enumeran a continuación:

A) Descubrimiento y revelación de secretos. el que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Se trata de un delito contra la intimidad, por ello la interceptación del correo electrónico se asimila a la violación de la correspondencia.

B) Hacking indirecto: supone un acceso in consentido al ordenador o sistema informático como medio para cometer diferentes conductas delictivas. Se castiga por el delito finalmente cometido. (ej, daños, interceptación del correo electrónico).

C) Espionaje informático empresarial: aquí el bien jurídico protegido es el secreto empresarial, la información almacenada informáticamente que supone un valor

económico para la empresa porque confiere al titular una posición ventajosa en el mercado.

D) Daños informáticos o sabotaje: la misma pena se impondrá al que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos. Se trata de los daños causados en el sistema informático mediante la introducción de virus y bombas lógicas.

En el código penal anterior sólo se preveía la destrucción de bienes materiales, por lo que los daños causados a bienes inmateriales no estaban incluidos en este delito. En este caso se incluye la expresión el que por cualquier medio con el fin de incluir Internet como medio para cometer este delito.

E) Difusión y exhibición de material pornográfico a menores: se castiga el hecho de exhibir material pornográfico a menores a través de cualquier medio, por ejemplo el correo electrónico.

F) Calumnias e injurias hechas con publicidad: en este supuesto cabe perfectamente la difusión de mensajes injuriosos o calumniosos a través de internet.

5.3.2. Legislación argentina

Al igual que la legislación española, en Argentina ya se cuenta con cierta regulación para los hechos delictivos que se cometen por medio del uso de internet; entre los cuales se encuentran:



- A) Pornografía infantil por Internet u otros medios electrónicos.
- B) Violación, apoderamiento y desvío de comunicación electrónica.
- C) Intercepción o captación de comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones.
- D) Acceso a un sistema o dato informático.
- E) Publicación de una comunicación electrónica.
- F) Acceso a un banco de datos personales.
- G) Revelación de información registrada en un banco de datos personales.
- H) Inserción de datos falsos en un archivo de datos personales.
- I) Fraude informático.
- J) Daño o sabotaje informático

Las penas establecidas son: prisión, inhabilitación (cuando el delito lo comete un funcionario público o el depositario de objetos destinados a servir de prueba); multa.

Por otra parte, cabe señalar que, a nivel mundial, muchos países cuentan con legislación en materia de delitos informáticos, algunos incluso desde hace ya más de una década. A título ejemplificativo podemos mencionar los siguientes: Alemania (1986), Estados Unidos de Norteamérica (1986 y 1994), Austria (1987), Francia (1988), Inglaterra (1990), Italia (1993), Holanda (1993), España (1995) y el Consejo de Europa (Convención sobre el Cybercrimen de 2001).

También en Latinoamérica varios países han legislado este tipo de delitos, entre los que destacan: Chile (Ley 19.223 de 1993), Bolivia (Ley 1.768 de 1997), Paraguay (reforma al Código Penal en 1997), Perú (reforma al Código Penal en 2000), Colombia (Ley 679 de 2001 sobre pornografía infantil en redes globales), Costa Rica (Leyes



8.131 y 8.148 de 2001), Venezuela (Ley Especial de 2001) y México (Código Penal Federal).

En materia penal rigen los principios de legalidad una acción no es delictiva si no está expresamente tipificada como tal por una ley, por más aberrante y dañosa que pueda llegar a ser; y, como consecuencia, la prohibición de la analogía no se puede castigar una conducta no tipificada por su analogía con otra tipificada. Es por ello que se hacía necesaria la sanción de una ley que tipificara con precisión las conductas delictivas llevadas a cabo mediante el empleo de la informática, llenando algunas lagunas normativas a través de la previsión de nuevas modalidades delictivas y nuevos bienes jurídicos a proteger.

5.3.3. Legislación mexicana

El gobierno mexicano ha formado en grupo de coordinación interinstitucional de combate a delitos cibernéticos formado por: la Procuraduría General de la República, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, la Policía Federal Preventiva, el Centro de Investigación y Seguridad Nacional, la Asociación Mexicana de Internet, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, la Secretaría de la Defensa y de la Marina, la Presidencia de la República.

No obstante lo anterior, a pesar de la creación de dicho cuerpo elite de investigación, la falta de normas legales limita su labor, ya que no cuentan con las disposiciones penales de fondo y forma que sirvan de apoyo para describir y sancionar, la diversidad



de los comportamientos lesivos que acompañan al Internet y por tanto, estos permanecen impunes.

De igual manera, es necesario el establecimiento de programas de capacitación especializados en el tema, para los agentes del Ministerio Público y jueces, impulsar la creación de plazas para los peritos en informática como auxiliares de las Procuradurías de Justicia Federal o Estatales, autorizaciones y certificaciones especiales para los Ingenieros en Informática o en Sistemas para que como peritos autorizados, auxilien a los abogados postulantes independientes y jueces, así como procurar la celebración de tratados internacionales mediante los cuales, entre países, se convenga el auxilio mutuo para combatir y sancionar los comportamientos ilícitos por el ilegal aprovechamiento del Internet y sus herramientas virtuales.

Ante la falta de herramientas legales normativas y sustantivas para el tratamiento y juzgamiento de los delitos informáticos, se corre el riesgo de que posterior a investigaciones ministeriales, pesquisas o detenciones y de que las autoridades investigadoras gasten presupuesto del Estado; los jueces penales ordenen sobreseimientos, nieguen la procedencia de los juicios o bien, nieguen sentencias condenatorias esgrimiendo atipicidad de los comportamientos desplegados por los hackers, por no encuadrar exactamente el concepto de internet en la acepción de cosa como bien jurídicamente tutelado, al razonar que aquél por su propia naturaleza no es tangible y no es sujeta de protección penal tipificada.



5.4. Legislación informática en Guatemala

Actualmente en nuestro país no se cuenta con una legislación específica para castigar todos aquellos actos delictivos que se cometen a través de la internet.

El Código Penal vigente Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala en la parte especial que regula los delitos aparece un capítulo que se denomina: De los delitos contra el derecho de autor, la propiedad industrial y delitos informáticos. Si bien es cierto que aparece el nombre de delitos informáticos, al analizar los mismos únicamente se regulan delitos que se cometen a los equipos o registros informáticos, no así a los delitos que se cometen a través de estos medios electrónicos. A continuación se detallan los mismos para tener una idea clara lo que regula nuestra legislación como delitos informáticos:

Artículo 274 A. Destrucción de registros informáticos. “Será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años, y multa de doscientos a dos mil quetzales, el que destruyere, borraré o de cualquier modo inutilizare registros informáticos. La pena se elevará en un tercio cuando se trate de información necesaria para la prestación de un servicio público o se trate de un registro oficial.”

Artículo 274 B. Alteración de programas. “La misma pena del artículo anterior se aplicará al que alterare, borraré o de cualquier modo inutilizare las instrucciones o programas que utilizan las computadoras.”

Artículo 274 C. Reproducción de instrucciones o programas de computación. “Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años y multa de quinientos a dos mil



quinientos quetzales al que, sin autorización del autor, copiare o de cualquier modo reproducere las instrucciones o programas de computación.”

Artículo 274 D. Registros prohibidos “Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años y multa de doscientos a mil quetzales, al que creare un banco de datos o un registro informático con datos que puedan afectar la intimidad de las personas.”

Artículo 274 E. Manipulación de información. “Se impondrá prisión de uno a cinco años y multa de quinientos a tres mil quetzales, al que utilizare registros informáticos o programas de computación para ocultar, alterar o distorsionar información requerida para una actividad comercial, para el cumplimiento respecto al Estado o para ocultar, falsear o alterar los estados contables o la situación patrimonial de una persona física o jurídica.”

Artículo 274 F. Uso de información. “Se impondrá prisión de seis meses a dos años, y multa de doscientos a mil quetzales al que, sin autorización, utilizare los registros informáticos de otro, o ingresare, por cualquier medio, a su banco de datos o archivos electrónicos.”

Artículo 274 G. Programas destructivos. “Será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años, y multa de doscientos a mil quetzales, al que distribuyere o pusiere en circulación programas o instrucciones destructivas, que puedan causar perjuicio a los registros, programas o equipos de computación.”

Es necesaria entonces la creación de tipos delictivos para los hechos cometidos por el uso indebido de la internet. Pues como indica el principio de legalidad que todo lo que no está prohibido, esta permitido.



5.5. Definición y principales delitos por el uso indebido de la internet

La difusión de la informática en todos los ámbitos de la vida social ha determinado que se le utilice como instrumento para la comisión de actividades que lesionan bienes jurídicos y entrañan el consiguiente peligro social, o que sea la propia informática el objeto de atentados criminales, Estas facetas comprendían la noción genérica del delito informático, es decir, aquel conjunto de conductas criminales que se realizan a través del ordenador electrónico, o que afectan el funcionamiento de los sistemas informáticos.

Se considera que el problema no está en la constitución del delito sino en la forma de probar ese delito, en la forma de establecer fehacientemente el nexo causal. Ese es, el gran problema a vencer; lo etéreo de una página web, la manera tan sencilla de enviar un virus a la red desde cualquier lugar del mundo.

El problema estriba en encontrar al autor de ese delito, saber dónde cometió el delito y donde afectó ese delito, aquí el principio *Lex Loci Commissi Delicti* (ley del lugar donde se cometió el perjuicio), encuentra sentido, pero cabe preguntarse ¿se juzgara donde se fabricó el virus o donde hizo daño? ¿ambas legislaciones lo comprenden como delito? Casi el 90% de los delitos informáticos que se investigan tienen que ver con internet.

Esto nos enlaza directamente con los problemas de inexistencia de fronteras que aparecen constantemente cuando tratamos estos delitos: ¿Cuál es la ley a aplicar en multitud de casos? La solución pasa por una coordinación internacional, tanto a la hora de investigar como a la hora de aplicar unas leyes que deben contar con un núcleo



común. Es decir, hay que unificar criterios: difícil será actuar contra un delito que sí lo es en un país y no en otro. En este sentido está trabajando, por ejemplo, la Unión Europea.

Es cierto, que un delito informático puede ser simplemente un delito clásico en un nuevo envoltorio. Como podemos observar, lo complejo del problema y el uso de las nuevas tecnologías traen aparejados nuevos problemas, pero sobre todo, el compromiso de no intentar resolver un problema global con respuestas regionales que de ello se valen los delincuentes informáticos para cubrirse en este rostro de impunidad que azota al hombre moderno.

5.6. Necesidad de incluir dentro de la ley penal guatemalteca los delitos que se cometen en internet

En relación a la investigación realizada dentro del presente trabajo de investigación, podemos afirmar que existen muchos actos realizados a través de la internet que son constitutivos de delitos, los cuales no se encuentran tipificados en nuestra legislación penal; por lo que es de suma importancia regular los actos ilícitos que puedan devenir de la utilización de la internet ya que mientras no se encuentren regulados, dichos actos no serán penados y quedaran en la impunidad tal y como pasa con muchos actos relacionados con menores de edad y especialmente pornográficos.

Ya hemos dejado en claro la importancia de la información en el mundo altamente tecnificado de hoy. También se ha dejado en claro cada uno de los riesgos naturales con los que se enfrenta nuestro conocimiento y la forma de enfrentarlos.



El desarrollo de la tecnología informática ha abierto las puertas a nuevas posibilidades de delincuencia antes impensables. La cuantía de los perjuicios así ocasionados es a menudo muy superior a la usual en la delincuencia tradicional y también son mucho más elevadas las posibilidades de que no lleguen a descubrirse o castigarse.

El delito informático implica actividades criminales que los países han tratado de encuadrar en figuras típicas de carácter tradicional, tales como robos, hurtos, fraudes, falsificaciones, perjuicios, estafas, sabotajes. Sin embargo, debe destacarse que el uso de las técnicas informáticas ha creado nuevas posibilidades del uso indebido de las computadoras lo que ha creado la necesidad de regulación por parte del derecho.

Se considera que no existe una definición formal y universal de delito informático pero se han formulado conceptos respondiendo a realidades nacionales concretas: "no es labor fácil dar un concepto sobre delitos informáticos, en razón de que su misma denominación alude a una situación muy especial, ya que para hablar de delitos en el sentido de acciones típicas, es decir tipificadas o contempladas en textos jurídicos penales, se requiere que la expresión delitos informáticos esté consignada en los códigos penales, lo cual en nuestro país, al igual que en otros muchos no han sido objeto de tipificación aún.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) reconoce los siguientes tipos de delitos informáticos:

- i) Fraudes cometidos mediante manipulación de computadoras
- ii) Manipulación de los datos de entrada



iii) Daños o modificaciones de programas o datos computarizados.

Ya que según lo establecido en el artículo 5 de la Constitución política de la República de Guatemala, el cual establece “Libertad de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma.”

El Artículo citado establece que lo que no está expresamente prohibido esta tácitamente permitido, por lo que es de suma importancia que se regulen los actos ilícitos provocados como consecuencia de utilizar la internet de manera indebida perjudicando y dañando a otras personas.



iii) Daños o modificaciones de programas o datos computarizados.

Ya que según lo establecido en el artículo 5 de la Constitución política de la República de Guatemala, el cual establece “Libertad de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma.”

El Artículo citado establece que lo que no está expresamente prohibido esta tácitamente permitido, por lo que es de suma importancia que se regulen los actos ilícitos provocados como consecuencia de utilizar la internet de manera indebida perjudicando y dañando a otras personas.





CONCLUSIONES

1. El derecho penal, establece reglas para el lineamiento de la conducta del ser humano en la sociedad pero con el avance de la tecnología y su utilización en la informática se han generado muchas formas de delinquir, las cuales al no encontrarse expresamente reguladas en la legislación no pueden ser sancionadas.
2. Los delitos informáticos en cuanto a su comisión, son relativamente fáciles de ejecutar con resultados altamente satisfactorios sin ser descubiertos, sin estar ninguno regulado, por consiguiente no constituyen delito y se deja en libertad a quienes lo cometen con total impunidad para satisfacer sus intereses quedando el ordenamiento jurídico nacional rezagado a nivel de sistemas operativos.
3. La carencia de tipicidad del delito informático, en la legislación penal guatemalteca conlleva al ser humano a actuar fuera de los límites que establece el derecho penal ejerciendo una manifestación de voluntad delictiva no penado por la ley, pero la falta de acción penal, ausencia de tipo, falta de condición objetiva es lo que actualmente carece la legislación y como consecuencia no nace el delito y menos se obtendrá una pena.





RECOMENDACIONES

1. Es deber del Estado garantizar a los habitantes de la República la vida, la seguridad y la justicia ante la amenaza real de la mala utilización del hombre al sistema informático, creando iniciativas de ley a través del Organismo Legislativo para poder incluir los delitos informáticos en el Código Penal garantizando a la persona que al acudir a un tribunal de justicia pueda ejercer sus derechos por estar tipificado y quien cometió dichos actos pueda ser sancionado conforme a la ley.
2. El Congreso de la República debe regular en el Código Penal guatemalteco los delitos informáticos que se cometen en la internet, para así poder limitar el accionar del delincuente en la sociedad, estableciéndolos dentro de la legislación penal para evitar de esa manera un daño al patrimonio y a la integridad de cada persona individual o jurídica.
3. Se hace necesaria la creación de una ley específica que establezca las bases para regular internamente los hechos que se cometan por el uso de la internet, tomando como referencia los tratados y acuerdos internacionales, así como la legislación comparada que regula dichas conductas.





BIBLIOGRAFÍA

ARANGO ESCOBAR, Julio Eduardo. **Teoría del delito**. 2da ed. Guatemala: Ed. Fénix. 2006.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Llava ed. Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1976.

CARRARA, Francesco. **Programa del curso de derecho criminal**. Argentina: Ed. Desalma. 1944.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal, parte general**. España: Ed. Bosch. 1975.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal. **Manual de derecho penal guatemalteco. parte general**. Guatemala: Ed. Artemis-Edinter. 2001.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Centroamérica. 1998.

GÁLVEZ BARRIOS, Carlos Eduardo. **La participación en el delito**. Guatemala: Ed. Iterena. 1999.

GONZALEZ CAUHAPE-CAZAUX, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco. Teoría del delito**. Guatemala: Ed. Fundación Myrna Mack. 2003.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Principios de derecho penal. La ley y el delito**. 2da edición. Mexico: Ed. Mexicana. 1997.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal tomo I y II**. 2da edición. Mexico: Ed. losada. 1958.



MAZA, Benito. **Curso de derecho procesal Guatemalteco**. Guatemala: Ed. Universitaria. 2005.

MORGAN SANABRIA, Rolando. **Material de apoyo para el curso planeación de la investigación científica**. Instituto de investigaciones jurídicas y sociales. Guatemala: Unidad de Tesis, USAC, Talleres de Reproducción de Materiales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 1998.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1982.

QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo. **Derecho penal**. España: Ed. Tirant lo Blanch. 1996.

TERNON IVES, Eduardo. **El estado criminal**. España: Ed. Bosch. 1992.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. 1986.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 17-73. 1973.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 51-92. 1992.

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