

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

**ESTUDIO DOCTRINARIO Y PRÁCTICO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS
DELITOS INFORMÁTICOS**

YASLY OSMIN PASTORA GUTIERREZ

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2013

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

**ESTUDIO DOCTRINARIO Y PRÁCTICO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS
DELITOS INFORMÁTICOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

YASLY OSMIN PASTORA GUTIERREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 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 II: Licda. Rosario Gil Pérez
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**

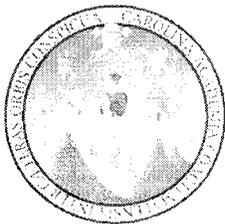
Primera Fase:

Presidente: Lic. Juan Carlos Godínez Rodríguez
Vocal: Lic. Roberto Genaro Orozco Monzón
Secretario: Lic. Helder Ulises Gómez

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez
Vocal: Lic. Jorge Eduardo Avilés Salazar
Secretaria: Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

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).



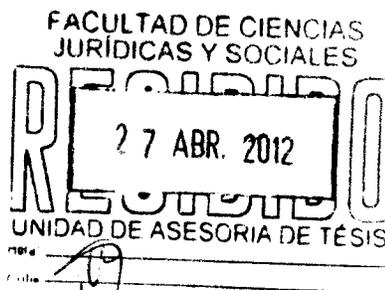
Lic. Oscar Aroldo Zacarías Abac
Abogado y Notario



Guatemala, 27 de abril de 2012

Licenciado:

Luis Efraín Guzmán Morales
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

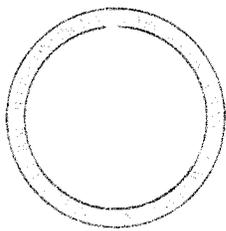


Respetable Licenciado:

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que conforme a resolución de la unidad de asesoría de tesis, dirigida a mi persona, he asesorado el trabajo del Bachiller: **YASLY OSMIN PASTORA GUTIERREZ**, el cual se denomina **“ESTUDIO DOCTRINARIO Y PRÁCTICO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS INFORMÁTICOS”**.

A este respecto y en cumplimiento a lo que se establece en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito rendir a usted el siguiente informe:

- I. El contenido científico y técnico de la investigación presentada en materia penal a la protección estatal en contra de la comisión de los delitos informáticos, representa un aporte novedoso para la comunidad jurídica tomando en consideración los múltiples cambios que constantemente tienen los medios informáticos que son utilizados por diversidad de personas en todo el mundo por lo que es necesaria su protección jurídica.
- II. En cuanto a la metodología y técnicas utilizadas en la investigación realizada, es de suma importancia indicar que el método utilizado fue el analítico por la diversidad de información obtenida mediante sistemas informáticos y documentales respectivamente. Con relación a la técnica, por la trascendencia del tema fue necesario aplicar la de carácter bibliográfico.
- III. El estudiante **PASTORA GUTIERREZ**, durante la elaboración del informe final, utilizó los mecanismos recomendados para la ortografía, redacción y puntuación acordes, a lo que establece el Diccionario de la Real Academia Española, lo que motivo a realizar la modificación del título Análisis jurídico del bien jurídico protegido en los delitos informáticos de la presente investigación al título arriba descrito.



Lic. Oscar Aroldo Zacarías Abac
Abogado y Notario



- IV. Respecto a la contribución científica presentada, se debe considerar oportuno el estudio y análisis desde el punto de vista doctrinal y práctico del bien jurídico tutelado o protegido en los delitos informáticos, para prevenir la sustracción de información contenido en algún medio informático.
- V. Con respecto a las conclusiones y recomendaciones presentadas en la investigación jurídica, el Bachiller **PASTORA GUTIERREZ**, las desarrolló de acuerdo a cada uno de los capítulos contenidos en el plan de investigación y a mi criterio son coincidentes con el tema central.
- VI. Para el desarrollo de la presente investigación, en el campo del derecho penal, las referencias bibliográficas utilizadas son acordes con el tema de tesis aprobado.

Por lo antes indicado, estimo que el trabajo de investigación del bachiller: **YASLY OSMIN PASTORA GUTIERREZ**, puede servir de base para la sustentación del examen público respectivo y en virtud de ello, emito mi **DICTAMEN FAVORABLE** para continuar con el trámite respectivo.

Sin otro particular me suscribo, atentamente,


LIC. OSCAR AROLDO ZACARÍAS ABAC
Abogado y Notario
Colegiado 7,409

Lic. Oscar Aroldo Zacarías Abac
Abogado y Notario



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 01 de junio de 2012.

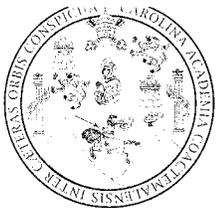
Atentamente, pase a el LICENCIADO BAYRON FRANCISCO QUIÑONEZ RODRÍGUEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de el estudiante YASLY OSMIN PASTORA GUTIERREZ, intitulado: "ESTUDIO DOCTRINARIO Y PRÁCTICO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS INFORMÁTICOS".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "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".

LIC. CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
CEHR/iyf.





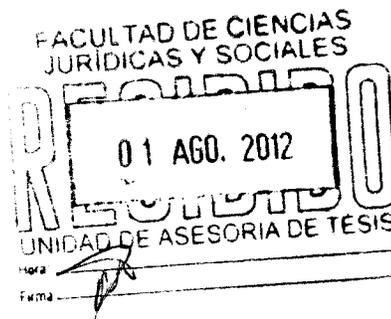
Lic. Bayron Francisco Quiñonez Rodríguez
Abogado y Notario
Colegiado 6232



Guatemala, 20 de junio del 2012.

Dr. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho

Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:



De conformidad con el nombramiento emitido por dicha unidad en de fecha diecisiete de mayo de dos mil doce, procedí a revisar el trabajo de tesis del Bachiller: **YASLY OSMIN PASTORA GUTIERREZ**, con número de carné estudiantil 9316670 titulado: **“ESTUDIO DOCTRINARIO Y PRÁCTICO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS INFORMÁTICOS”**. A cuyo respecto me permito opinar sobre los siguientes aspectos:

- 1) **Contenido científico y técnico:** en la resolución de la problemática objeto de la investigación el bachiller Yasly Osmín Pastora Gutierrez hizo uso pertinente de los métodos científicos deductivo y analítico, así como de las técnicas bibliográficas de acuerdo a la rigidez científica en todas las etapas del proceso de investigación.
- 2) **Metodología y técnicas de investigación:** se usó cuidadosamente en todas las etapas el método científico. Donde el uso del método deductivo permitió conocer las generalidades del derecho y de la doctrina, para determinar los extremos legislativos y doctrinarios respecto de este tipo de delitos, que en el derecho informático constituyen una materia de actual concepción y cuyas normas se caracterizan por la innovación y adaptabilidad. En el desarrollo capítular, el bachiller Pastora Gutierrez se valió del método analítico para mantener la congruencia y no perder la dirección temática.



Lic. Bayron Francisco Quiñonez Rodríguez
Abogado y Notario
Colegiado 6232

- 3) **La redacción:** se advierte en este trabajo de investigación el uso de un lenguaje hondamente técnico y una redacción muy clara que facilitará la comprensión del tema.
- 4) **Contribución científica:** este trabajo pone de manifiesto una serie de elementos de orden técnico, jurídico y doctrinario, que advierte sobre la delincuencia informática y sus acciones o conductas delictivas a través del fraude informático, que a su vez encuadra en tipos penales tradicionales como robo, falsificaciones, estafa entre otros específicamente ligados a la tecnología.
- 5) **Conclusiones y recomendaciones:** fueron redactadas con un lenguaje sencillo y claro, que permitirá al lector entender el fondo de la temática desarrollada, dado que la estructura metodológica deductiva empleada fue de orden científico y al partir de lo general a lo particular, el lector podrá simultáneamente al desarrollo temático, arribar a las mismas conclusiones y recomendaciones.
- 6) **Bibliografía utilizada:** es de considerable actualidad e importantes autores.

He de hacer notar que el bachiller Pastora Gutierrez, fue muy diligente al hacer las correcciones y modificaciones que el suscrito valoró pertinentes, en consecuencia.

Me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**; en virtud que el trabajo de de tesis de mérito cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público para ser discutido en el Examen Público.

Atentamente,

Lic. Bayron Francisco Quiñonez Rodríguez
Abogado Notario
Colegiado 6232
Revisor de Tesis

LICENCIADO
Bayron Francisco Quiñonez Rodríguez
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

[Handwritten mark]

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 17 de septiembre de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante YASLY OSMIN PASTORA GUTIERREZ, titulado ESTUDIO DOCTRINARIO Y PRÁCTICO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS INFORMÁTICOS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyf.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]
Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



[Handwritten signature]





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser de quien emana la sabiduría y la fortaleza espiritual, por ser la luz que vence la oscuridad de la ignorancia y quien ha estado y estará en mi vida siempre.
- A MIS PADRES:** Donaldo Pastora Velásquez y en especial a mi madre Brizeida Gutiérrez Rivas, por su apoyo y esfuerzo incondicional.
- A MI HIJA:** Circe Alexa Pastora Medina, por ser mi fuente de deseo de superación.
- AL AMOR:** Evelyn Melissa Ovalle López, por su apoyo y comprensión, y nuestro hijo por nacer.
- A LOS LICENCIADOS:** Bonerge Amilcar Mejía Orellana, Ovidio Parra Vela, Luis César López Permouth, Vicente Roca, Crista de Juárez, Henry Osmín Almegor, Henry Arreaga, por sus sabias e invaluable enseñanzas.
- A MIS AMIGOS Y AMIGAS:** Por no perder la fe en mi persona, por su motivación y compañía en el camino de la preparación académica, gracias a todos y a todas, Dios los bendiga siempre.
- A MIS COMPAÑEROS:** Que compartieron conmigo la incansable lucha de nuestra notable carrera.



A MI ASESOR Y REVISOR: Licenciado Oscar Zacarías y Bayron Quiñónez, por el apoyo brindado en la elaboración del presente trabajo, gracias.

A MIS PADRINOS: Con admiración y como ejemplo para alcanzar las metas de la vida.

A: Mi alma mater, Universidad de San Carlos de Guatemala. y a la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. El derecho penal.....	1
1.1. Origen	1
1.1.1. Época de la venganza privada.....	1
1.1.2. Época de la venganza divina.....	2
1.1.3. Época de la venganza pública.....	3
1.1.4. Periodo humanitario.....	3
1.1.5. Etapa científica.....	4
1.1.6. Época moderna.....	5
1.1.7. Antecedentes del derecho penal guatemalteco.....	6
1.2. Concepto de derecho penal.....	11
1.3. Escuelas del derecho penal	12
1.3.1. Escuela clásica.....	13
1.3.2. Escuela positiva.....	14
1.3.3. Escuelas intermedias.....	16
1.3.4. Escuela de política criminal.....	17
1.4. Fuentes del derecho penal	18
1.5. Principios del derecho penal	21

CAPÍTULO II

2. Teoría del delito	25
2.1. Aspectos generales	25
2.1.1. Concepto total y concepto analítico del delito.....	29
2.1.2. Las categorías fundamentales de la teoría del delito.....	32
2.2. Evolución de la teoría del delito.....	33
2.3. Naturaleza jurídica	36
2.3.1. Teoría clásica del delito o causalista.....	36



Pág.

2.3.2. Teoría neoclásica del delito.....	39
2.3.3. Teoría finalista del delito.....	40
2.4 Utilidad de la teoría del delito	42
2.5. Elementos de la teoría del delito	48
2.5.1. Acción.....	50
2.5.2. Tipicidad.....	51
2.5.3. Antijuridicidad.....	54
2.5.4. Culpabilidad	55

CAPÍTULO III

3. Delito informático	57
3.1. Aspectos generales	57
3.2. Concepto	63
3.3. Clasificación de los delitos informáticos	65
3.3.1. Clasificación según el instrumento medio o fin u objetivo.....	65
3.3.2. Clasificación según actividades delictivas graves	67
3.4. Tipificación de los delitos informáticos.....	69
3.4.1. Delito informático según la actividad informática.....	69
3.4.2. Delitos informáticos contra la propiedad.....	76
3.4.3. Delitos informáticos contra niños, niñas y adolescentes.....	77
3.4.4. Delitos informáticos contra la privacidad.....	77
3.5. Elementos personales de los delitos informáticos	78

CAPÍTULO IV

4. El bien jurídico tutelado.....	81
4.1. Aspectos generales.....	81
4.2. Concepto	86
4.3. Importancia	92
4.4. El bien jurídico protegido en los delitos informáticos	92
4.5. Impacto de los delitos informáticos.....	94



Pág.

4.6. Seguridad contra los delitos informáticos	96
CONCLUSIONES	101
RECOMENDACIONES	103
BIBLIOGRAFÍA	105



INTRODUCCIÓN

En la actualidad, para nadie es un secreto que las tecnologías de la información han abierto nuevos horizontes en el campo del conocimiento y las comunicaciones en general; sin embargo, el avance de dichas aplicaciones representa introducir reformas a la ley penal guatemalteca, en cuanto sancionar las actividades ilícitas cometidas, como consecuencia del uso y el abuso de los medios informáticos.

Se lograron los objetivos de la investigación al analizar el derecho informático, el derecho penal y la teoría del delito; se establecieron los elementos jurídicos que obligan a la tipificación de los delitos y las penas; así como los que establecen los aspectos doctrinario y práctico del bien jurídico tutelado en los delitos informáticos.

La hipótesis se comprobó, pues si se dan los elementos jurídicos para tipificar delitos informáticos de acuerdo a la legislación penal guatemalteca; que son los relacionados con la propiedad intelectual, el derecho de autor, la intimidad y el patrimonio; por lo que en la configuración de los ilícitos informáticos, debe quedar explícito el bien jurídico a tutelar, para que el derecho penal cumpla con la función de sancionar las conductas tipificadas como ilícitas en relación a la tecnología y el uso de medios digitales.

La presente investigación se divide en cinco capítulos, en el primero se analizan el derecho penal, su origen, concepto, las escuelas, las fuentes y los principios; el segundo trata sobre la teoría del delito, su evolución, naturaleza jurídica, su utilidad y sus elementos; el tercero hace referencia al delito informático, concepto,



clasificación, tipificación y elementos; el cuarto presenta lo referente al bien jurídico tutelado, concepto, importancia, el impacto de los delitos informáticos y la seguridad que se debe proporcionar contra estos delitos.

Los métodos empleados fueron el deductivo, para estudiar los principios del derecho informático, del derecho penal y de la teoría del delito; el analítico, para comprender cada uno de los delitos informáticos y establecer con ellos el bien jurídico tutelado; el sintético y el inductivo, para interrelacionar los delitos informáticos con las tecnologías de la información, así como la importancia de que se tutele esta nueva forma de comunicación social. Para obtener la información necesaria se utilizaron las técnicas de investigación bibliográfica y documental.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

1.1. Origen

Se ha dicho que el derecho penal es tan antiguo como la humanidad misma, ya que son los hombres los únicos protagonistas de esta disciplina; de tal manera que las ideas penales han evolucionado a la par de la sociedad.

El tratadista Eugenio Cuello Calón expone: “En la interrelación humana se manifiesta la conducta humana que realiza acciones u omisiones según su voluntad, pero cuando estas acciones u omisiones dañan un interés jurídicamente tutelado son reprobados por el Derecho Penal en nombre del Estado.”¹ (Sic)

En el devenir histórico de las ideas penales, la función de castigar ha tenido diversos fundamentos en diferentes épocas y la mayor parte de tratadistas las han planteado así:

1.1.1. Época de la venganza privada

En los primeros grupos humanos cuando el poder público no poseía el vigor necesario para imponerse a los particulares, la función penal revestía el aspecto de venganza; la venganza particular entonces se ha tomado como el inicio de la retribución penal,

¹ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal, parte general**. Pág. 220



aunque no se trate de un sistema penal en sí, sino de forma de manifestación individual.

El tratadista Eugenio Cuello Calón al respecto menciona lo siguiente: “La época de la venganza privada es la época bárbara, puesto que se accede al impulso de un instinto de defensa, ante la reacción provocada por un ataque que se considera injusto. En esta época cada quien se hacía justicia por su propia mano, el problema existente es la falta de limitación en la venganza, misma que fue atenuada por la Ley del Talión, según la cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima (ojo por ojo diente por diente).”²

Además de la Ley del Talión, aparece como otra limitación de la venganza privada la autocomposición a través de la cual el ofensor o su familia entregaba al ofendido y los suyos cierta cantidad para que estos no ejercitaran el derecho de venganza; sin embargo, no toda venganza puede ser vista como antecedente de la represión penal moderna, sólo tiene relevancia como equivalente de la pena actual.

1.1.2. Época de la venganza divina

En la época teocrática se sustituye la voluntad individual del vengador por una voluntad divina; a la que corresponde la defensa de los intereses colectivos lesionados por el delito. La justicia penal se ejercita en el nombre de Dios, los jueces generalmente sacerdotes juzgan en su nombre. Es el espíritu del derecho penal del pueblo hebreo.

² **ibid.** Pág. 225

1.1.3. Época de la venganza pública

El tratadista Carlos Fontán Balestra expone lo siguiente: “Se deposita en el poder público la representación vindicta social respecto de la comisión de un delito. El poder público ejerce la venganza en nombre de la colectividad o de las personas cuyos bienes jurídicos han sido lesionados o puestos en peligro.”³

La represión penal que pretendían mantener a toda costa para la tranquilidad pública, se convierte en una verdadera venganza pública; que llegó a excesos, caracterizándose por la aplicación de penas inhumanas y totalmente desproporcionadas en relación al daño causado.

1.1.4. Periodo humanitario

Se atribuye a la iglesia el primer paso contra la crueldad de las penas. La excesiva crueldad de la época de la venganza pública dio como resultado un movimiento humanizador, no sólo de la pena sino del procedimiento penal; comienza a fines del siglo XVIII con la corriente intelectual del iluminismo, pero es indiscutible y aceptado unánimemente que su precursor fue César Bonessana el Marqués de Beccaria, con su Tratado de los Delitos y de las Penas.

La iglesia se pronunció abiertamente contra el tormento, el fin de la pena no era atormentar, el fin era impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. “Beccaria se ha dicho que tiene el mérito de haber cerrado

³ Fontán Balestra, Carlos. **Derecho penal**. Pág. 112



la Época Antigua del Derecho Penal y abrir la denominada Época de la Edad de Oro del Derecho Penal.”⁴ (Sic)

1.1.5. Etapa científica

Inició con la obra del Marqués de Beccaria y subsiste hasta la crisis del derecho penal clásico con el aparecimiento de la escuela positiva. La labor de sistematización que realizaron Francesco Carrara y los demás protagonistas de la escuela clásica, llevaron a considerar al derecho penal como una disciplina única, general e independiente, cuyo objetivo era el estudio del delito y de la pena desde el punto de vista estrictamente jurídico.

El autor Francesco Carrara dice que: “Luego de la Escuela Clásica aparece la Escuela Positiva del Derecho Penal, con ideas totalmente opuestas, al extremo de que Enrico Ferri considera que el Derecho Penal debía desaparecer totalmente como ciencia autónoma para convertirse en una rama de la sociología criminal, auxiliándose para su estudio de métodos positivistas o experimentales.”⁵ (Sic)

En este período el derecho penal sufre una profunda transformación a causa de la irrupción de las ciencias penales; se deja de considerar el delito como una entidad jurídica para convertirse en una manifestación de la personalidad del delincuente; la pena deja de tener un fin puramente retributivo y se convierte en un medio de corrección social o defensa social.

⁴ Zaffanori, Eugenio. **La prueba**. Pág. 168

⁵ Carrara Francesco. **Derecho penal**. Pág. 156



Luego de esta etapa surge el derecho penal autoritario, producto de la aparición de regímenes políticos totalitarios, cuya principal característica era proteger al Estado; por lo cual los delitos de tipo político fueron considerados como infracciones de especial gravedad y castigados severamente.

1.1.6. Época moderna

Actualmente existe unidad de criterios de toda la doctrina, en cuanto a que el derecho penal es una ciencia eminentemente jurídica, para tratar los problemas relativos al delito, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad; mientras que las ciencias penales o criminológicas, que tienen el mismo objeto de estudio, lo hacen desde un punto de vista antropológico y sociológico.

Los períodos que comprenden la evolución de las ideas penales, destacan que a lo largo del tiempo, la función represiva se ha orientado hacia diversas rutas según los distintos pueblos.

Sobre la evolución de las ideas penales y por consiguiente, de la historia del derecho penal, se debe mencionar que los estudiosos de la materia agrupan en cuatro períodos las tendencias, que son:

- a) La venganza privada
- b) La venganza divina
- c) La venganza pública



d) El período humanitario

El Marqués de Beccaria, Eugenio Zaffaroni y Enrico Ferri, señalan una quinta etapa correspondiente a los últimos tiempos denominada científica, por considerar que presenta perfiles y caracteres propios. La venganza privada trajo consigo los siguientes sistemas penales:

- a) Venganza de sangre: La pena surgió como una venganza del grupo. La expulsión del delincuente, fue en primer lugar, considerado el castigo más grave que podría imponerse, ya que de este modo se colocaba al infractor en situación de absoluto abandono y convertido en propia víctima, por su desamparo, de agresiones provenientes de miembros de su propio grupo o de elementos extraños a éste.
- b) El Talión
- c) Código de Hammurabí
- d) Sistema de Composiciones

1.1.7. Antecedentes del derecho penal guatemalteco

En la historia jurídica guatemalteca se puede contar la promulgación de cinco códigos penales hasta la presente fecha. El primero, se promulgó en 1834 durante el gobierno del doctor Mariano Gálvez; el segundo, en 1877 durante el gobierno del general Justo Rufino Barrios; el tercero, en 1887, durante el gobierno del general Manuel Lizandro Barillas; el cuarto, en 1936, durante el gobierno del general Jorge Ubico; el quinto,



vigente desde el 15 de septiembre de 1973, durante el gobierno del general Carlos Arana Osorio.

a) Época precolombina

El tratadista Flavio Rojas Lima, expone que: “En la época precolombina de Guatemala eran delitos muchas acciones que al mismo tiempo tenían una pena que era física”.⁶

Se desarrollaron de la siguiente manera:

En la época precolombina se penaban delitos como la traición, el contrabando, el hurto y el adulterio, con penas como los azotes, las marcas, las mutilaciones o trabajos forzados.

En esta época la pena de muerte se cambió por la de esclavitud perpetua o temporal.

Legislaciones de esta época:

- Reales Cédulas
- Leyes de Indias

Instituciones:

- Audiencia de los Confines
- Capitanías Generales

⁶ Rojas Lima, Flavio. **Los indios de Guatemala**. Pág. 48



- Gobernadores

b) Época colonial

Fue un ordenamiento represivo y cruel, los delitos se penaban con la esclavitud incluyendo a mujeres y niños, ésta podía ser perpetua o temporal; generalmente se conmutaba la pena de muerte por la esclavitud.

Penas corporales:

- Mutilaciones corporales
- Azotes
- Marca con hierro candente
- Trabajos forzados en las minas

En materia legislativa, en 1530 se dictaron las Reales Cédulas que impusieron limitaciones a los conquistadores y esclavistas; desde entonces se prohibió someter a servir a mujeres y niños menores de 14 años, aun tratándose de rehenes por motivo de guerra. En 1542, se promulgaron las Leyes Nuevas, que abolieron la esclavitud de los indios. Las Leyes de Indias fueron el principal ordenamiento jurídico aplicado a la colonia, se integraba por 9 libros.

En este ordenamiento se estableció que los indios eran hombres libres y vasallos de la corona, pero en la práctica y en la realidad resultaron ser lo contrario; una clase



dirigente era dueña del poder político y económico. El derecho concedido a los indígenas para disfrutar toda clase de bienes en igualdad de estado con los españoles, fue abolido por los intereses de los gobernantes.

En materia institucional, la administración de justicia durante la colonia, estuvo a cargo del Consejo Supremo de Indias, que era el sumo gobernador y supremo juez de la América española. Este órgano realizó una importante labor legislativa y administrativa y se integró con los exvirreyes, exgobernadores y exoidores.

Otros órganos importantes fueron:

- Las Capitanías Generales
- Las Gobernaciones
- Los Ayuntamientos
- Los Corregimientos

c) Época posterior a la independencia

Al independizarse Guatemala de España, en nada se modificó la legislación penal vigente, porque se continuaron aplicando los ordenamientos penales de la potencia colonizadora.

El primer intento de reformar ese estado de cosas, se dio el 24 de junio de 1834, durante el gobierno del doctor Mariano Gálvez; fecha en la cual se ordenó la



promulgación del Código de Livingston, por haber sido tomado y traducido al español de la compilación legislativa y que en 1821 redactó para el Estado de Louisiana, Estados Unidos el doctor Edward Livingston, el traductor fue don José Francisco Barrundia.

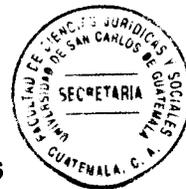
El Código de Livingston introdujo dos reformas importantes:

- a) El sistema penitenciario que hacía de la cárcel un taller, donde el trabajo era el principal medio de redención;
- b) El juicio por jurados, que independizaba la administración de justicia de la tutela de los jueces.

La anterior, fue la legislación penal después de la Revolución Liberal hasta la actualidad. El general Justo Rufino Barrios acordó nombrar el 26 de junio de 1875, una comisión que se encargara de redactar los nuevos códigos para la administración de justicia en Guatemala.

Casi a los dos años de integrada la comisión, ésta rindió el informe de sus actividades y mandaron a publicar los nuevos códigos penal y de procedimientos penales, para la república de Guatemala. El ordenamiento sustantivo penal fue calificado con el nombre de Código del 77.

El 15 de febrero de 1889, se promulgó un nuevo Código Penal por Decreto número 419, dictado por el presidente de la república, general Manuel Lisandro Barillas; aprobado por el Decreto número 48 de la Asamblea Nacional Legislativa, de fecha 29



de abril de 1889. El principal avance consistió en la supresión del sistema de penas compuestas para dejarlas fijas a cada delito, sin diversos extremos, para el caso de faltar circunstancias atenuantes o agravantes. En 1936, se designó a los abogados Manuel Zeceña Beteta y Manuel Marroquín, para que redactaran la legislación penal que se conoce como Código del 36, que entró en vigencia el 25 de mayo de 1936, a través del Decreto número 2164 de la Asamblea Legislativa.

El criterio de varios penalistas guatemaltecos, es que la tendencia que siguió el Código Penal del 36, fue la de la Escuela Clásica. Fue reformado por decretos presidenciales y decretos del Congreso de la República, los cuales trataron de darle un impulso decisivo al derecho penal; pero lamentablemente la experiencia ha demostrado que casi la totalidad de ellos además de haberse dictado en forma casuística, no llenaron las finalidades para las que se les decretó. Son las razones que explican la copiosa emisión de disposiciones legislativas entre 1936 y 1973, lapso durante el cual rigió el Código del 36 que fue abrogado por el Decreto número 17-73 del Congreso de la República.

1.2. Concepto de derecho penal

El criminalista español Eugenio Cuello Calón lo define como el: “Conjunto de normas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece para la prevención de la criminalidad.”⁷

⁷ Cuello Calón, Eugenio. **Ob. Cit.** Pág. 68

Conforme el diccionario del tratadista Manuel Ossorio: “Es el que establece y regula la represión y castigo de los crímenes o delitos por medio de la imposición de las penas.”⁸

El mismo autor expone que: “El derecho penal lo primero que ha de hacer es fijar los bienes jurídicos que han de ser protegidos penalmente y sobre esos principios variables en el tiempo y en el espacio, configurar específicamente los delitos y establecer la pena que a cada uno de ellos corresponde.”⁹

El autor Luis Jiménez de Asúa indica que el derecho penal es el: “Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de 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.”¹⁰

1.3. Escuelas del derecho penal

Se encargan del estudio de las doctrinas y principios que tienen por objeto investigar la filosofía del derecho de penar, analizar la legitimidad del ius puniendi, la naturaleza del delito, las condiciones que influyeron en su comisión y los fines de la pena. Su finalidad es tratar de explicar los propósitos que guían al Estado a establecer las penas correspondientes a los delitos cometidos.

Las escuelas del derecho penal se clasifican en:

⁸ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 345

⁹ **Ibid.** Pág. 345

¹⁰ Jiménez de Asúa, Luis. **Derecho penal**. Pág. 112

1.3.1. Escuela clásica

Dentro de los representantes de esta escuela se encuentran Romagnosi, Rossi, Carmignani, Carrara, Luigi Luchini. El Marqués de Beccaria señala: "El delito es un ente antijurídico o sea una creación de la ley; la imputabilidad y el libre albedrío son el fundamento de la imputabilidad moral y de la base de la criminalidad, por lo que sólo puede responsabilizarse a las personas cuando sus actos han nacido de su libre albedrío, de su culpabilidad; la pena se considera un mal a través del cual se realiza la tutela jurídica; y el empleo del método racional."¹¹

Los Principios de la escuela clásica son:

- a) El delito, es una infracción de la ley del Estado compuesto por dos fuerzas: Moral: conciencia de hacerlo, física: que es la acción.
- b) La pena, es la necesidad que tiene la sociedad de castigar al delincuente o infractor, nace en la conciencia del sujeto activo que lo comete, generando responsabilidades morales, obra con su propia conciencia.
- c) El delito, es la trasgresión de la ley establecida, el cual requiere retribución moral a la sociedad, representada en la multa o años de condena, no es regenerativo, es una consecuencia jurídica.
- d) La responsabilidad moral, se funda en el libre albedrío y el sujeto debe responder, escogió esta conducta y no otra lícita.

¹¹ Beccaria, Carlos. **De los delitos y de las penas**. Pág. 210



e) Previsión, efectos de las infracciones que establece la ley.

f) Voluntad, es la forma de obrar contra el derecho.

1.3.2. Escuela positiva

De la ejecutoria doctrinal de la escuela clásica puede hacerse hoy un balance objetivo, del que resultan aportaciones positivas y datos negativos, méritos y deméritos.

El autor Francisco Leal de Ibarra, menciona que: “La creación de la escuela positiva se deben a César Lombroso; la desarrollan Rafael Garófalo y Enrico Ferri. El pensamiento de estos tres autores, conforman los postulados fundamentales de la escuela.”¹²

a) La aportación de César Lombroso: Las aportaciones más destacadas a la génesis de la escuela positiva son la aplicación del método inductivo experimental al estudio de la delincuencia y su concepción del criminal nato. Aparte de ellas, la verdadera significación de Lombroso está en la historia de la criminología, disciplina de la que puede considerarse fundador.

b) La aportación de Rafael Garófalo: Aporta a la escuela su profundo conocimiento del derecho, que sirve para plasmar en fórmulas jurídicas, asequibles a teóricos y prácticos, las nuevas ideas. Este conocimiento jurídico faltaba, en el período de iniciación de la tendencia positiva, no sólo a Lombroso, sino también a Ferri que,

¹² Leal de Ibarra, Francisco. **Estudios de derecho penal**. Pág. 215



aunque más tarde realizara una grandiosa elaboración jurídica, era entonces mero filósofo del derecho.

- c) La aportación de Enrico Ferri: “Ha sido, como indica Grispigni, el sistematizador, animador, defensor, divulgador y realizador de la escuela. La primera aportación que hace al patrimonio ideológico del positivismo criminológico es su conocida tesis sobre la negación del libre albedrío. La expone en su libro “La teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío”, enfrentándose así a los clásicos en uno de sus más firmes postulados. Su significación fue tanta que el propio Carrara la refutó personalmente en una Apostilla, añadida a la recesión que de la obra hizo Lombroso en el Archivio Storico E Giuridico Sardo Di Sassari de Italia.”¹³

Los principales postulados de la escuela positiva, siguiendo el orden utilizado para señalar los de la clásica, son:

- a) El derecho para la escuela positiva, es un producto social lo mismo que otras manifestaciones de la vida humana asociada. Esta concepción, adecuada al método empleado, no permite dar al derecho un contenido distinto del que resulta de las fuentes legislativas y hace innecesaria la investigación de su origen primero.
- b) El derecho penal es también un producto social, obra de los hombres. La ley penal tiene su origen en la necesidad evidente de la vida asociada y representa el poder soberano que el Estado ejercita, como derecho y deber impuesto por aquella

¹³ Valdez Loban, Eduardo. **Legitimidad**. Pág. 110



necesidad. La razón de la justicia penal es la defensa social, entendida como la defensa del Estado en su ordenamiento jurídico-positivo; es la defensa de las condiciones fundamentales para la vida de los ciudadanos ordenados y constituidos en comunidad.

- c) El delito para la escuela positiva, es tanto un fenómeno jurídico como un ente fáctico. Debe contemplarse en ambos aspectos, pues uno y otro, si no se integran, resultan insuficientes.
- d) La sanción tiene por fin asegurar la defensa social y ha de cumplir una función preventiva. No debe ser sólo proporcionada a la gravedad del delito, como propugnaban los clásicos, sino que ha de adaptarse también y en primer término, a la peligrosidad del delincuente, empleando incluso la segregación por tiempo indeterminado, hasta que el reo aparezca readaptado a la vida libre.
- e) La escuela positiva aplica a la investigación de la criminalidad el método inductivo-experimental. Como ya se ha dicho, se emplea en el campo primero por Lombroso y después por Ferri. Lo que justifica su aplicación a la ciencia penal, según Ferri, es la idea de que todas las ciencias tienen una misma naturaleza y un idéntico objeto, el estudio de la naturaleza y el descubrimiento de sus leyes, para beneficio de la humanidad.

1.3.3. Escuelas intermedias

Después de la etapa crítica por la que atravesó la ciencia aparecieron nuevas



corrientes, que con el fin de conciliar los postulados de las dos grandes escuelas, fueron tomando partido, situándose en puntos equidistantes entre las corrientes en pugna; por tal razón se les denominó escuelas intermedias del derecho penal, tal es el caso de la Terza Escuela Italiana, representada por Manuel Carnevale y Bernardino.

Las llamadas escuelas intermedias, plantearon sus más importantes postulados en forma ecléctica, retomando principios fundamentales, tanto de la escuela clásica como de la escuela positiva del derecho penal; iniciando así una nueva etapa en el estudio de la ciencia que podría catalogarse como antecedente del derecho penal contemporáneo.

1.3.4. Escuela de política criminal

Los tratadistas Héctor de León Velasco y Francisco de Mata Vela mencionan lo relativo a la política criminal y la desarrollan de la siguiente manera: “Frank Von Liszt diferenció la política social de la política criminal, la primera tenía por objeto la supresión o restricción de las condiciones y fenómenos sociales de la criminalidad, mientras que la segunda, se ocupaba de la delincuencia en particular y de que la pena se adaptase en su especie y medida al delincuente, procurando impedir la comisión de crímenes en el futuro.”¹⁴

Von Liszt refirió el alcance de la política criminal a la apreciación crítica del derecho vigente y a la programación legislativa y a la programación de la acción social.

¹⁴ De León Velasco, Héctor, José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 385



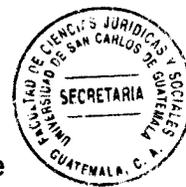
El núcleo de la política criminal era la lucha contra el crimen, pero no debía quedar restringida al área judicial o del derecho penal sino que debía extenderse a los medios preventivos y represivos del Estado.

1.4. Fuentes del derecho penal

Las fuentes del derecho penal, son entre otras, las fuentes reales o materiales, refiriéndose a las que en la doctrina se denominan substanciales; tienen su fundamento en la realidad social de los hombres y los pueblos y relativas a los hechos naturales, a las expresiones humanas o a los actos sociales; que determinan el contenido de las normas jurídico naturales previas a la formación de una ley penal; por cuanto que son los fenómenos naturales o sociales los que constituyen y plantean las necesidades de regulación penal por parte del Estado con el objeto de brindar protección a los bienes jurídicos, que en un momento determinado se consideran amenazados por efecto de los fenómenos indicados.

Las fuentes formales, son aquéllas que se identifican con el proceso de creación jurídica de las normas penales y los órganos del Estado técnicamente destinados a este proceso; que de acuerdo a la organización política que corresponde al Organismo Legislativo.

Las fuentes directas o inmediatas, son aquéllas que por sí mismas tienen la posibilidad de emanar directa e inmediateamente del derecho penal; es decir, las normas imperativo-atributivas que describen delitos, penas y medidas de seguridad.



Las fuentes directas del derecho penal suelen dividirse en fuentes directas de producción y fuentes directas de cognición. Las de producción, se refieren al poder que dicta las normas o la autoridad que declara el derecho, que no es más que el Estado a través del Organismo Legislativo, órgano que por excelencia produce las leyes. Las fuentes de cognición, se refieren a la forma que el derecho objetivo asume en la vida social y en la cual se manifiesta la expresión de la voluntad del legislador, es decir, los códigos y las leyes penales.

Con relación a las fuentes indirectas o mediatas, son aquéllas que por si mismas no tienen la virtud de crear normas jurídicas con carácter obligatorio; empero si pueden influir y coadyuvar en forma indirecta y mediata en la creación y proyección de nuevas normas jurídico-penales; además, pueden ser de mucha utilidad en la interpretación, valoración y aplicación de la ley penal cuando se trata de resolver casos concretos.

También se pueden clasificar de la siguiente manera:

- A) Reales o materiales: Hechos naturales o actos sociales que se manifiestan en una sociedad, previo a la elaboración de la ley penal.
- B) Formales: El proceso de creación de la ley penal y los órganos que intervienen en su elaboración (Congreso y Ejecutivo).
- C) Directas: Son aquéllas de donde emana directamente el derecho penal. La ley suele ser la única fuente directa para crear normas que contengan figuras delictivas. Se subdividen en:

- a) Fuentes directas de producción: Es la autoridad. El Estado, quien se manifiesta en el Organismo Legislativo.
- b) Fuentes directas de cognición: La ley, es decir, el Código Penal, que refleja la expresión de la voluntad del legislador.
- D) Fuentes indirectas: Pueden coadyuvar a la formación de nuevas normas penales e incluso pueden ayudar en la interpretación y en la sanción de la ley penal. Pero no pueden ser fuente de derecho penal. Carecen por sí solas de eficacia para obligar:
 - a) La costumbre: Conjunto de normas jurídicas no escritas. Antes se aceptaba como fuente de derecho penal, hoy no.
 - b) La jurisprudencia: Criterio constante y uniforme de aplicar el derecho mostrado en las sentencias de los tribunales de la nación. La jurisprudencia es de mucha importancia para interpretar las leyes penales, pero no es fuente independiente ni productora de derecho penal. Existen países en que sí.
 - c) La doctrina: El derecho penal científico. Conjunto de teorías, opiniones y especulaciones de los juristas, es tan sólo una fuente de derecho indirecta.
 - d) Los principios generales de derecho: Son los valores máximos a que aspiran la ciencia jurídica, la justicia, la equidad y el bien común.



1.5. Principios del derecho penal

Haciendo una recopilación de los principios que han sido enunciados por estudiosos, se citan los siguientes:

Principio de retributividad

Este principio indica que no puede haber pena sin crimen, es decir nullum crimen nulla poena. El anterior principio tiene su fundamento en los Artículos 5 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al regular lo siguiente: “Artículo 5 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. Artículo 17. No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. No hay prisión por deuda.”

Principio de legalidad

Al igual que el anterior principio, éste se centra en el principio de nullum crimen nulla poena sine lege, que quiere decir, que no existe delito ni pena si no existe ley anterior. En un estado de derecho, el principio de legalidad resulta fundamental, puesto que la única fuente del derecho penal es la ley.

Esto radica en el hecho de legitimar al derecho penal, al establecer en forma clara en la ley, que infracciones constituyen delitos y cuales constituyen faltas y a la vez, regula



las sanciones o medidas de seguridad que se aplicarán en cada caso de violación de una norma.

El principio de legalidad, comprende las siguientes garantías:

- a) Garantía criminal, que requiere que el delito se encuentre determinado por la ley.
- b) Garantía penal, cuyo requisito es que la ley establezca la pena en correspondencia al hecho.
- c) Garantía judicial, la que exige que tanto la existencia de un delito como la imposición de la pena sean determinados por una sentencia judicial.
- d) Garantía de ejecución, que implica que la pena ejecutada se debe hallar sujeta a una regulación legal. Su fundamento se encuentra en los Artículos 5, 12 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Principio de necesidad

Este principio indica que no puede haber ley si las necesidades sociales o coyunturales no la requieran y también es llamado principio de mínima intervención. Éste se fundamenta en el contenido del Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, respecto al principio de dignidad humana; el Artículo 2 que se refiere al principio de libre desarrollo de la personalidad, pues la persona tiene una autonomía moral, lo que significa la capacidad de distinguir el bien y el mal; es de consiguiente, un acto interno que no afecta a terceros, pues este principio se basa en eso mismo, en evitar o limitar el campo de acción o actuación en la vida de los ciudadanos del Estado, al restringir derechos fundamentales.



Principio de lesividad

Este principio indica que no puede haber necesidad sin haber daño a tercero. Con este principio debe presumirse un resultado dañoso, lesión al bien jurídico tutelado y dentro de los requisitos para que exista se encuentran, el bien jurídico tutelado, que sea lesionado ese bien y que afecte a terceros.

Su fundamento se encuentra en los Artículos 1 y 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establecen: “Artículo 1. Protección a la persona. El Estado de Guatemala, se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común. Artículo 2. Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”. En relación a la tutela de los bienes jurídicos, es requisito que exista el merecimiento de protección del derecho penal a un bien jurídico.

Puede haber algunos bienes jurídicos que no estén específicamente contemplados dentro del derecho penal y que merezcan esa protección; por tanto, la experiencia, los avances en la sociedad y la necesidad por el abuso, originan la creación de nuevas figuras delictivas.

Principio de materialidad o derecho penal del acto

Se basa en que no puede haber daño a tercero sin acción. Para que exista, es necesario que se den los siguientes supuestos: a) Que el acto sea exterior y evitable,



es decir, la exteriorización de la acción que se haya dado de manera inevitable. b) Imputación objetiva, es decir, relación de causalidad. c) La existencia de ilícitos penales denominados de comisión por omisión.

Principio de culpabilidad

Este principio tiene su fundamento en la culpa. No puede haber culpabilidad sin acción y constituye en ese sentido una garantía para cualquier persona que se encuentre sometida a un proceso penal; pues establece que una persona para ser declarada culpable, debe haber tenido capacidad para contravenir la norma y haber realizado el acto u omisión que se sanciona.

Para concluir el capítulo, se puede indicar que el derecho penal material está compuesto por un conjunto de normas establecidas por el Estado; que determinan los delitos, las penas o medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes cometan ilícitos.

El derecho penal material o sustantivo, es importante en el sistema de justicia penal guatemalteco; porque las conductas que penaliza están establecidas en el Código Penal o en leyes especiales para prevenir hechos delictivos y sancionar a los responsables; garantizando así la seguridad de las personas, siendo el medio de control social que contiene la descripción de la conducta ilícita y su correspondiente consecuencia jurídica.



CAPÍTULO II

2. Teoría del delito

2.1. Aspectos generales

La teoría del delito parte del comportamiento humano. El comportamiento humano es prejurídico por cuanto es previo a la norma. De toda la gama de comportamientos humanos que se dan en la realidad, la norma selecciona una parte, que valora negativamente y les impone una pena.

Tan sólo la conducta humana traducida en actos externos puede ser calificada como delito y motivar una reacción penal. Por todo ello, no podrán constituir delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la intención de delinquir, si ésta no se traduce en actos externos. Ello es así por cuanto el derecho penal juzga a las personas por lo que hacen y no por lo que son.

Asimismo, tampoco serán delictivos los actos cometidos por animales, ni los sucesos puramente causales, como los fenómenos de la naturaleza. No obstante, estos podrán ser relevantes en cuanto sean usados como instrumentos para cometer un delito. Por ejemplo, William, dueño de un perro peligroso le ordena que ataque a Alfonso. En este caso, la acción es realizada por William y el perro es simplemente un instrumento, como podría ser una pistola.

La teoría del delito es un procedimiento por medio del cual se analizan las características comunes o bien; aquéllas que diferencian a todos los delitos en general



para establecer su existencia y determinar la imposición de una sanción si así corresponde. El autor Eugenio Zaffaroni le denomina teoría del delito: "A la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar que es el delito en general, es decir, cuales son las características que debe tener cualquier delito."¹⁵

La teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley. La ciencia del derecho penal es una ciencia práctica y la teoría del delito tiene también una finalidad práctica. Su objeto es, en este sentido, establecer un orden racional y, por lo tanto fundamentado, de los problemas y soluciones que se presentan en la aplicación de la ley penal a un caso dado. La teoría jurídica del delito es, en consecuencia, una propuesta, apoyada en un método científicamente aceptado, de cómo fundamentar las resoluciones de los tribunales en materia de aplicación de la ley penal.

El carácter práctico de la teoría del delito se manifiesta además en los siguientes puntos:

- a) Las soluciones que proponga en el marco de sus teorías parciales deben ser practicables; es decir, referirse a circunstancias del hecho que sean determinables y que hayan sido comprobadas de acuerdo con las reglas del derecho procesal penal.

¹⁵ **Ibid.** Pág. 318



- b) La mera posibilidad de establecer distinciones conceptuales lógicas no es todavía fundamento suficiente para aceptar una teoría; se requiere además una fundamentación de su racionalidad político criminal, por ejemplo: la distinción de las agravantes y atenuantes en genéricas y específicas, es lógicamente posible, pero sólo sería significativa si de esa manera se pudiera justificar el tratamiento de unas y otras con base en reglas distintas, ya sea respecto del error o de la participación y esto tuviera un sentido político criminal plausible.

La teoría del delito se estructura como un método de análisis de distintos niveles. Cada uno de estos niveles presupone el anterior y todos tienen la finalidad de ir descartando las causas que impedirían la aplicación de una pena y comprobando si se dan las que condicionan esa aplicación.

Gráficamente podría decirse que se trata de una serie de filtros, cuyos orificios son más estrechos en cada nivel. Sólo tiene sentido preguntarse por la adecuación típica de un hecho que reúna los requisitos de una acción. De igual modo sólo cabe preguntarse por la culpabilidad si previamente se ha comprobado la existencia de una acción típica y antijurídica.

La teoría del delito se estructura, además, en un sistema de conceptos, es decir, que las relaciones entre unos y otros conceptos responden a unas ideas generales ordenadoras. La importancia del sistema de la teoría del delito, en su concepción clásica, consiste en que éste permite inferir consecuencias lógicas que no estarían expresas en la ley y posibilita un tratamiento igual de cuestiones iguales y desigual de las desiguales.



En este sentido, la teoría del delito presupone que el legislador ha adoptado sus decisiones de una manera razonable a partir de un punto de partida conocido y cognoscible.

La lógica del sistema derivado de este punto de partida del legislador garantizaría, en consecuencia, una aplicación de la ley según el principio de legalidad. Implícitamente esta justificación del sistema admite el texto de las leyes tan claro que, por lo menos, el punto básico del que ha partido el legislador puede conocerse indubitadamente a través de los pensamientos expresados en la misma ley.

La historia dogmática demuestra que esta última explicación no es realista. En efecto, el pensamiento del legislador se expresa en su lenguaje y éste, como todo lenguaje natural, no es unívoco, sino todo lo contrario. Ello explica que sobre un mismo Código Penal hayan podido elaborarse diversos sistemas y, a la vez, que dichos sistemas hayan podido trasladarse a otros derechos positivos diversos del que les sirvió de origen e, inclusive, permanecer una vez derogado el Código sobre el cual se elaboraron.

En realidad, un sistema dogmático del delito no es otra cosa que una hipótesis posible de la voluntad del legislador expresada en la ley y, sobre todo, un orden de problemas y soluciones referidos a los casos en los que la ley debe aplicarse.

Consecuentemente, el sistema de la teoría del delito no adquiere su legitimidad porque se le deduce de la ley, sino del hecho de que permite una aplicación racional de la misma.



2.1.1. Concepto total y concepto analítico del delito

a) El concepto total del delito

La construcción del sistema de la teoría del delito requiere un punto de partida. Este punto de partida es lo que se llama un concepto total del delito o concepto sintético.

Las ideas básicas de una teoría jurídica del delito se expresan en una oposición tradicional; el delito es la infracción de un deber ético-social o, desde un punto de vista contrario, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; es decir, se trata de la infracción de un deber ético-social o de la lesión (o puesta en peligro) de un interés social.

Ambas ideas básicas generan sistemas de la teoría del delito de distinto contenido en sus elementos particulares.

En el sistema apoyado en la infracción de un deber ético-social, el hecho prepondera sobre el autor y la libertad del autor es el fundamento legitimante de su responsabilidad. Al contrario, en el sistema que parte de la lesión de un interés social, el autor prepondera sobre el hecho y el fundamento legitimante de la responsabilidad penal está dado por el interés de la sociedad en evitar nuevas lesiones de bienes jurídicos.

El concepto total del delito resume básicamente, entonces, una idea sobre aquello que debe constituir el punto de partida de la teoría jurídica del delito. En este concepto se condensa lo que se entiende globalmente por digno de represión o por merecedor de



pena. Se trata de una idea que guarda estrecha relación con la teoría de la pena y que, a su vez, opera dentro de la teoría del delito como el axioma principal de la misma.

En la adopción de uno u otro punto de vista, ha tenido singular importancia la concepción determinista o indeterminista de que respectivamente se haya partido.

b) El concepto analítico del delito

El análisis del concepto de delito que se ha expuesto, como concepto total del mismo, tiene la finalidad de permitir extraer los elementos particulares que hagan viable la utilización práctica del concepto de delito en la aplicación de la ley penal.

Tanto la concepción del delito como infracción de un deber ético-social, como la que lo define como la lesión de un bien jurídico, requieren distribuir sus elementos en referencia a dos momentos diferentes que condicionan la aplicación de la ley penal: 1) la comprobación de una grave perturbación de la vida social, y 2) la comprobación de la responsabilidad del autor.

La idea del delito como infracción de deber estimará que hay una grave perturbación de la vida social cuando se infrinja una norma sin autorización; (ilícito = infracción de una norma que estatuye un deber ético-social) a su vez se considerará siempre que el autor es responsable si ha obrado contra el deber ser, pudiendo hacerlo de acuerdo con él. Analizada esta cuestión desde el punto de vista de la idea del delito como lesión de un bien jurídico, lo ilícito no dependerá ya de la infracción de la norma, sino



de la real perturbación no autorizada de un interés social; mientras que la responsabilidad dependerá del carácter del autor.

Ambos puntos de vista han conducido a definiciones de los elementos del delito que son exteriormente semejantes: acción típica, antijurídica y culpable. La acción típica y antijurídica expresa la existencia de un hecho que consiste en una perturbación grave de la vida social y la culpabilidad, los elementos que fundamentan siempre la responsabilidad.

Se trata de una semejanza exterior pues el contenido de los distintos elementos es diverso. La mayor diversidad conceptual se percibe en las distintas formas de estructurar la culpabilidad que, mientras para la idea del delito como infracción de deber está constituida por el poder obrar de otra manera, para el punto de vista del delito como lesión de bienes jurídicos se expresa en la actitud asocial del autor manifestada en el hecho cometido.

Lo mismo suele ocurrir con el elemento de lo ilícito: la infracción del deber ético-social, por un lado, se agota en la infracción de la norma que lo impone y la producción de un peligro o lesión real para un bien jurídico no agrega nada o, inclusive, son innecesarias para la configuración de lo ilícito. Por otro lado, desde el punto de vista contrario, el elemento esencial de lo ilícito es precisamente esta lesión del bien jurídico y no la lesión del deber.

La diversidad de configuración interna de los elementos del delito, según el punto de partida que se adopte, tiene consecuencias prácticas, sobre todo en lo referente a si la



culpa inconsciente es o no punible, si la tentativa acabada debe ser menos punible o no que el delito consumado, si la tentativa in idónea es o no un ilícito y, por lo tanto, si debe ser punible.

Los puntos de vista que se han analizado no se manifiestan en la dogmática actual del delito de una manera pura. La preponderancia adquirida por las teorías de la unión, es decir, por aquéllas que combinan criterios de justicia y criterios de utilidad en la legitimación de la pena, ha determinado que el propio sistema de la teoría del delito busque una cierta aproximación en el contenido de sus conceptos, que reflejan una amplia gama de articulaciones de criterios no siempre compatibles en su forma pura.

En conclusión, es posible sostener que el delito es una acción típica, antijurídica y culpable; pero que el contenido de cada uno de estos elementos está determinado por los conceptos totales del delito de los que se parte y eventualmente por la articulación de esos conceptos puros en función de las necesidades de las respectivas teorías de la unión.

2.1.2. Las categorías fundamentales de la teoría del delito

La teoría del delito se compone de dos grandes categorías:

- a) El ilícito: es decir, la violación del orden jurídico, y
- b) La responsabilidad: es decir, las condiciones bajo las cuales el autor del ilícito penal debe responder penalmente por el hecho cometido.



En la primera de las categorías mencionadas, en el ilícito se encuentran dos componentes bien diferenciados: la infracción de la norma y la falta de excepciones que la permitan.

Desde el punto de vista práctico esto significa que un comportamiento relevante para el derecho penal constituye un ilícito si puede subsumirse bajo el supuesto de hecho de una ley penal y, además, no se subsume entre los supuestos de hecho de una causa de justificación.

En la segunda categoría, la responsabilidad del autor del ilícito, debe responder penalmente por el hecho cometido, conforme la calificación jurídica que se haya establecido legalmente, conforme la sanción que debe aplicarse.

2.2. Evolución de la teoría del delito

a) El injusto objetivo y la culpabilidad psicológica

El profesor austrohúngaro Ernst Von Beling inició el esquema objetivo-subjetivo, entendiendo que : "Liszt entendía al delito como una conducta antijurídica, culpable y punible. No estaba aún desarrollada la teoría de la tipicidad de Beling, así que había muchísimas conductas antijurídicas y culpables que resultaban no ser delitos. Piénsese en nuestro ejemplo de la destrucción imprudente de cosa ajena: es antijurídica y culpable, y no es delito. Por eso se agregaba el requisito de la punibilidad sometimiento a pena. Sucedió que después de verificar la antijuridicidad y culpabilidad de una conducta, uno venía a enterarse de que no estaba sometida a pena, recién

entonces.”¹⁶

El mismo autor expone que: “Al injusto como la causación física de un resultado socialmente dañoso, y a la culpabilidad no como reprochabilidad sino como relación psicológica entre la conducta y el resultado, bajo la forma de dolo o culpa. Todo esto irá variando en lo sucesivo, pero lo que se mantuvo igual hasta el advenimiento del finalismo fue el concepto que de conducta se tenía, voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de la causalidad. Un concepto irreal de conducta, por cuanto no incluía la finalidad.”¹⁷

b) Distinción dentro del injusto objetivo y la tipicidad

Gracias al aporte que en 1906 realiza Ernest Von Beling, se hace posible individualizar la conducta antes de verificar si es o no antijurídica. Dentro del injusto, que sigue siendo objetivo, se distingue la tipicidad de la antijuridicidad. “La tipicidad aparece como la prohibición de la causación de un resultado. En cuanto a conducta y a culpabilidad, los conceptos son los mismos esto quiere decir, conducta entendida al modo causalista y culpabilidad psicológica.”¹⁸

La anterior definición de Beling mantuvo la punibilidad en su definición hasta 1930, año en que cedió a las reiteradas críticas que se le formularon. La teoría del delito en ese momento de la historia ha sido llamada teoría clásica o teoría naturalista o esquema de Liszt-Beling.

¹⁶ Von Beling, Ernest. *La enseñanza del derecho penal*. Pág. 136

¹⁷ *Ibid.* Pág. 137

¹⁸ *Ibid.* Pág. 140



c) Resquebrajamiento del esquema objetivo-subjetivo

En 1907, comenzó a notarse que no siempre había esa supuesta relación psicológica entre conducta y resultado que exigía la culpabilidad. El que se iba de su casa para ver un show y olvidaba abierta la llave de gas, que explotaba y hería a su vecino, cometía una conducta reprimida por la ley, pero ninguna relación psicológica había entre la conducta de irse a ver un show y el resultado vecino herido. Reinhart Frank elaboró la teoría de la culpabilidad normativa, la culpabilidad contiene una relación psicológica en los casos en que existe, pero no es una relación psicológica sino que es reprochabilidad.

En 1910, también se notó que hay ciertas conductas cuya tipicidad no puede precisarse si no es acudiendo a aspectos subjetivos. Como en el ejemplo del antiguo infanticidio, que requería en la madre que mata a su bebé el propósito de ocultar su deshonra. Se denominó elementos subjetivos del injusto a esas consideraciones subjetivas que invadían un ámbito el del injusto que tradicionalmente se había entendido como exclusivamente objetivo.

Quien mejor se hizo eco de estas críticas a la teoría clásica fue Edmund Mezger, sucesor de Beling en la cátedra de Munich. Se refiere a ésta como la teoría neoclásica.

d) El tipo complejo y el finalismo

El tipo complejo. Cuando se analiza a Frank, se vio que la culpabilidad seguía



conteniendo la relación psicológica expresada bajo la forma de dolo o culpa. Pues bien, hubo quienes cayeron en la cuenta de la incoherencia que resultaba de juzgar un acto como contrario al derecho sin atender al contenido de la voluntad con que se realizaba. Así es como, entre 1920 a 1930, Hellmuth Von Weber y Alexander Graf Zudohna incorporan el dolo y la culpa al tipo como estructuras típicas diferentes, dejando a la culpabilidad como reprochabilidad pura.

El finalismo. Desde 1930, Hans Welzel desarrolló su teoría finalista de la acción, en oposición a la teoría causalista. Siguiendo un esquema aristotélico realista, parte de la verdad insobornable de que la voluntad no puede ser escindida de su contenido, es decir, de su finalidad, puesto que toda conducta para ser dividida de su contenido, es decir, de su finalidad, puesto que toda conducta para ser conducta debe ser voluntaria y toda voluntad tiene un fin. Quedó planteado así su Leitmotiv de que la conducta es un hacer voluntario final.

2.3. Naturaleza jurídica

2.3.1. Teoría clásica del delito o causalista

El origen de la teoría clásica del delito se inicia a finales del siglo XIX, en donde los juristas estuvieron muy influenciados por la corriente del pensamiento científico del naturalismo, cuyos principios y postulados se fundamentaban en las ciencias físicas y biológicas. Hugo Rolando Jauregui indica que: “La concepción clásica concibe al delito con una estructura sencilla, clara y didácticamente ventajosa es la base al concepto acción o conducta humana, entre los trabajos pioneros están los de Franz Von Liszt



apoyándose en Ihering. Von Liszt distinguió las nociones de culpabilidad y de antijuridicidad. Luego Ernest Von Beling propuso un tercer elemento la tipicidad. Desde entonces se parte que la infracción es concebida como una acción humana, controlada por la voluntad como típica, ilícita y culpable."¹⁹

“Mediante la expresión típica, se hace referencia a la conformidad de la acción con el tipo legal. La antijuricidad fue explicada con la ayuda del positivismo jurídico, para cuyos representantes el derecho era el conjunto de normas legales promulgadas por el legislador. El comportamiento fue considerado ilícito, como consecuencia de violar el derecho positivo. Esta forma de pensamiento derivó del pensamiento positivo científico, por el cual la resolución de los problemas de derecho debían resolverse únicamente con la aplicación de las leyes y la utilización de conceptos jurídicos, excluyendo en lo posible la dogmática jurídica y las valoraciones filosóficas, así como todos los demás conocimientos sociológicos o psicológicos, lo que tuvo como consecuencia la obtención de una imagen extremadamente formal del comportamiento humano. De lo anterior derivó el establecimiento de un sistema rígido de características limitantes tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Se trata pues, de un conocimiento omnicomprendivo, cuya base es la acción, que es el primer elemento rector y comprendivo a la vez, que va siendo especificado.”²⁰

Los causalistas, conciben a la acción como una conducta humana dependiente de la voluntad que provoca una consecuencia en el mundo exterior. Esta consecuencia puede ser puro movimiento corporal en el caso del delito de simple actividad o bien de

¹⁹ Jáuregui, Hugo Roberto. **Apuntes de teoría del delito**. Pág. 25
²⁰ **Ibid.** Pág. 25

un movimiento seguido de un resultado o sea un delito de resultado. La teoría causalista entiende a la voluntad como al hacer causal, sin la posibilidad que tiene el ser humano de conducir ese proceso causal.

La teoría causalista tiene la limitante porque ignora la capacidad del hombre de conducir los procesos causales de acuerdo a una finalidad previamente concebida que es la esencia del actuar humano, así también se ve por las características siguientes: La acción aparece como lo sustantivo, las demás características como simple adjetivaciones. La acción así concebida recibe al tipo y conforma la tipicidad. La tipicidad resulta así una característica totalmente objetiva. Lo que interesa constatar es el resultado producido por la acción y la relación de causalidad, en tal sentido la tipicidad resulta meramente descriptiva y objetiva. Los clásicos distinguen entre componentes objetivos y subjetivos del delito, el componente objetivo conformado por las categorías de tipicidad y antijuricidad, en tanto que la subjetiva compuesta por elementos de la culpabilidad.

La crítica que se le hace a la teoría clásica del delito es que en su concepción originaria del elemento acción como movimiento corporal, dejaba sin contemplar a los delitos de omisión en donde lo que describe propiamente no es, el hacer, sino lo contrario o negativo el no hacer, además el hecho de querer dar al tipo la connotación exclusivamente efectos subjetivos; tal es el caso de los delitos contra el honor regulados en el Código Penal en los Artículos 159 calumnia, 163 injurias provocadas o recíprocas y 164 difamación o bien en el caso de abandono por estado afectivo Artículo 155 del Código Penal.” La madre que impulsada por motivos que ligados

íntimamente a su estado le produzca indudable alteración psíquica, abandonare al hijo que no haya cumplido tres días de nacido, será sancionada con prisión de cuatro meses a dos años. Y si como consecuencia del abandono resultare la muerte del hijo, la sanción será de uno a cuatro años de prisión.”

2.3.2. Teoría neoclásica del delito

El campo jurídico al ser influenciado por la filosofía neokantiana, el derecho penal es el enfoque naturalista del positivismo científico. Con esta nueva corriente del pensamiento filosófico se da énfasis a lo normativo y a lo axiológico, diferenciándose entre otros aspectos, las llamadas ciencias del espíritu, a las que pertenece el derecho en virtud de que su tarea es la regulación de la conducta humana. Al contrario de las ciencias naturales que utilizan el método empírico y las observaciones, donde lo esencial es aprender, entender y valorar significados y sentidos, aplicando las valoraciones a las acciones y situaciones humanas. Los neoclásicos no plantean un total rechazo a la sistemática naturalista sino más bien una profunda revisión a la misma.

Respecto a la acción, la teoría clásica plantea que la acción es movimiento corporal activo que provoca un resultado, en donde la voluntad no cuenta, es sólo un impulso, casi un hecho natural. En cambio la acción para la teoría neoclásica, es un movimiento corporal activo o pasivo, voluntario que provoca un resultado en el mundo exterior, en este caso la voluntad no implica el aspecto finalidad impedida o explica los delitos de omisión en donde lo esencial es que no existe el movimiento corporal; en el causalismo, en contenido del tipo penal se destacan los elementos externos de la



acción o hechos, como proceso causal respecto a la violación del tipo, es de carácter neutro en virtud de que los elementos son descriptivos.

2.3.3. Teoría finalista del delito

Según los autores José Francisco de Mata Vela y Héctor Aníbal de León Velasco, respecto a la teoría finalista del delito señalan: "como fundador de ésta a Hanz Welzer y sostienen que la teoría de la acción final ataca el fundamento del sistema causal."²¹

El concepto de acción no es causal sino final. La característica final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse por lo tanto fines diversos y dirigir su actividad conforme a un plan. En virtud de su saber causal previo, puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo hace definitivamente. La actividad última es un actuar orientado conscientemente a un propósito, que resulta de los componentes causales de cada caso. Por eso la conducta finalista es evidente y la causalidad es ciega.

La tipicidad recoge la estructura final de la acción, por eso el dolo debe pertenecer a la tipicidad, que contiene un aspecto objetivo o sea los elementos descriptivos y normativos y uno subjetivo. La antijuricidad es un elemento valorativo u objetivo valorativo que encierra elementos subjetivos ya que las causas de justificación, tienen como base una acción final. La culpabilidad queda como un juicio de carácter valorativo y subjetivo, ya que se fundamenta en la capacidad de actuar de otro modo

²¹ De León Velasco, Héctor, José Francisco de Mata Vela. **Ob. Cit.** Pág. 148



del sujeto.

Para los finalistas, el actuar humano es una categoría del ser completamente distinta de cualquier otro proceso causal. La teoría finalista produjo uno de los cambios más profundos para la teoría del delito, lo cual constituyó una revisión completa del modelo neoclásico.

La teoría finalista se dio a la tarea no sólo de superar el causalismo valorativo sino las posiciones críticas, pero imperfectas como sistema que había surgido en contra de aquel esquema del delito.

Para los finalistas la acción por ser realizada por el hombre no es causal sino final, pues éste gracias a su saber causal puede prever dentro de ciertos límites las consecuencias de su actuar. La actividad del ser humano encaminada a un fin se realiza conforme a un plan que puede implicar, decisiones en cuanto a momento, medio, objeto, de acuerdo a la finalidad que se desea alcanzar. La teoría finalista está dirigida a un fin, propósito o motivación.

Para el finalismo, la acción humana no es sólo un proceso causalmente dependiente de la voluntad sino por esencia es ejercicio de una actividad final. Esa capacidad de prever las consecuencias de su comportamiento y conducir este proceso, según un plan o una meta. El proceso en el finalismo, la acción está compuesta de tres momentos a saber, un primer momento, la anticipación mental de la meta, el segundo momento, la acción de los medios necesarios para la realización de la misma y un tercer momento la realización de la acción o acto voluntario en el mundo real.



La teoría final de la acción también está sujeta a crítica ya que no puede explicar en forma enteramente satisfactoria los delitos de omisión y sobre todo los imprudentes en donde no hay finalidad. Es el caso tipificado en el Artículo 12 del Código Penal: “Delito culposo. El delito es culposo con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia. Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley.”

Con base en las teorías anteriormente expuestas surge la teoría social de la acción, por la cual: La acción es el comportamiento humano socialmente relevante. Con lo que se engloba tanto el obrar activo acción o comisión, el negativo o pasivo; la falta de acción u omisión; el obrar intencional doloso como el obrar imprudente o culposo.

2.4. Utilidad de la teoría del delito

La teoría del delito es un instrumento conceptual que permite una aplicación racional de la ley penal a un caso concreto. A pesar de la complejidad de su elaboración dogmática, su uso práctico no es demasiado complejo y, por el contrario, permite ahorrar esfuerzos y trabajar con un alto grado de seguridad en la resolución de los casos.

En este sentido, la teoría del delito proporciona un orden para el tratamiento de los problemas que presenta la aplicación de la ley a un caso concreto y, ofrece una propuesta de solución de estos problemas.

Para ahorrar discusiones en cuanto a la teoría por elegir, se sugiere trabajar con el



desarrollo teórico propuesto en el texto base, que se acerca a las propuestas del llamado sistema de lo ilícito o de lo injusto personal.

Este punto de partida permite resolver, en el primer nivel de análisis, problemas relacionados con el dolo, error de tipo, negligencia y ahorro de trabajo, en la medida en que no obliga a pasar al segundo nivel (la antijuridicidad), cuando ya es posible desde el primero, descartar la existencia de un hecho punible.

El juez, el fiscal o el abogado que se encuentren frente a un hecho concreto tendrán que tener estos conocimientos para poder dilucidar si se encuentran ante un delito o, por ejemplo, ante una acción típica pero amparada por una causa de justificación. En efecto, en muchos casos, la descripción de la acción prohibida que se realiza en la parte especial del Código Penal no es suficiente para determinar si un hecho es delito o no. Es necesario tomar en consideración también la parte general, así como el resto del ordenamiento. La teoría del delito, lo que hace es generar un sistema de análisis, para poder tomar en consideración en forma lógica, ordenada y garantista todos estos aspectos.

De esta manera, para determinar si una conducta concreta es delictiva, hay que ir analizando si se dan cada una de sus elementos. La teoría del delito está estratificada. El autor Zaffaroni pone el ejemplo del análisis de una cebra. Una definición formal diría que cebra es lo que la zoología define como tal. Ello, aunque cierto, no aclararía mucho sobre lo que realmente es una cebra. Una definición estratificada definiría la cebra como un animal, mamífero, equino, que se distingue por su pelambre rayada. Para determinar si se encuentra ante una cebra se iniciará por observar si es animal,

luego si es mamífero, y así uno a uno todos los pasos siguiendo un orden lógico. Nadie se plantearía si una piedra rayada puede ser cebra.

Lo que en cualquier caso tiene que quedar claro es que lo que se estratifica es la definición, el concepto, no la realidad en sí. El delito y la cebra son unidades aunque para su estudio se desglosen. La cebra no es una suma de animal, mamífero, equino y rayado, sino que es una unidad de la cual se han extraído unas características.

Quedó anotado que la teoría del delito como parte de la ciencia del derecho penal es la que se ocupa de explicar que es el delito en general y cuales son sus elementos o características.

Al analizar la teoría del delito se establece que el interés no es tan sólo de carácter doctrinario o filosófico sino que tiene una finalidad eminentemente práctica. El juez, el fiscal, el abogado, el técnico o profesional en las ciencias auxiliares del derecho penal, en este caso la psicología forense o criminal; que se encuentra frente a un hecho concreto deberá tener los conocimientos acerca de la teoría del delito para dilucidar si se encuentra ante un hecho constitutivo de delito o no. Más de las veces la descripción de la acción prohibitiva tipificada en la parte especial del Código Penal, no es suficiente para explicar o determinar si la conducta o comportamiento humano está calificado dentro de la categoría de delito.

La función primordial de la teoría del delito es generar un sistema de análisis, que dé base para formar la hipótesis de trabajo científico en el proceso de la investigación criminal; que por mandato legal le está conferido al Ministerio Público por medio de los



fiscales, que tienen asignada la persecución penal de determinados delitos y quienes a su vez deben auxiliarse de peritos o profesionales altamente calificados en las diferentes ramas de las ciencias penales; para que se manifieste un accionar conjunto y con criterio multiprofesional y así arriben a la conclusión; para establecer la comisión de un delito y en consecuencia determinar quién o quiénes pudiesen resultar responsables y para ello requieren de un análisis.

En dicho análisis se deben tomar en consideración todos los elementos que obedezcan a un ordenamiento lógico y garantías que tiendan a asegurar y determinar si una conducta humana es constitutiva de delito o no; por consiguiente, hay que ir analizando si se dan cada uno de los elementos del delito, para que de esta manera se permita uniformar los criterios de interpretación de la norma; evitando que se dé la arbitrariedad del juez o del fiscal; dicho en otras palabras se deben garantizar los principios procesales de legalidad, inocencia y del debido proceso.

La aplicación de la teoría del delito coadyuvará en gran medida al logro de la seguridad jurídica sobre la base de una investigación seria, objetiva, pronta y cumplida por parte de los fiscales del Ministerio Público.

En síntesis, el estudio y aplicación de la teoría del delito a un caso concreto de la manifestación de la conducta humana, para ser considerada como delictiva debe concebirse como unidad, pues cada uno de los elementos y características del delito son aisladas o inconexas todas, aunque analizadas en forma independiente inciden y forman parte de un todo y que en conclusión, la concepción holística o totalitaria permitan la explicación del hecho con mayor probabilidad y certeza jurídica.



Para el análisis de la teoría del delito el legislador selecciona algunas conductas o acciones humanas que califica de delito; pues éste antes que nada, es una conducta humana, por lo tanto se descartan todos los resultados o hechos producidos por las fuerzas de la naturaleza.

Las conductas o acciones humanas eminentemente descriptivas, en las que se individualiza la conducta prohibida vienen a ser los llamados tipos. Se dice que una conducta es típica cuando se adecua a la descripción realizada por la ley penal.

En el caso de que la acción no se adecue y no se encuadre en ningún tipo, es entonces atípica.

Una vez comprobada la tipicidad se observa si la acción es también antijurídica, es decir, contraria al ordenamiento jurídico en su totalidad. En algunos casos suele darse la situación que exista alguna causa que justifique la acción; como el caso de la legítima defensa, normativa contemplada entre las causas de justificación en el Código Penal, cuyo Artículo 24 regula: "Son causas de justificación, legítima defensa 1°. Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en la defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima: b) Necesidad racional de medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquél que rechaza al que pretenda entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actividad denota inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores. El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes



dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.”

El autor Eduardo González Cahuapé - Casaux, señala que: "La conducta típica y antijurídica es considerada como el injusto penal. El injusto legal supone una violación negativa sobre el hecho". Por esa razón, un homicidio cometido en legítima defensa no será injusto, por cuanto el derecho entiende que ese comportamiento se ajusta a la norma regulada en el Artículo 24 del Código Penal.

Al ser admitida la conducta típica y antijurídica o sea el injusto penal, se realiza un juicio de reproche al autor del ilícito; sin embargo, en algunos supuestos este juicio de reproche al autor al hacerlo acreedor de culpabilidad no tendrá sentido por cuanto éste no conocía el carácter antijurídico del acto, no tenía capacidad psíquica suficiente o no se le podía exigir otro comportamiento.

En estos casos se encuentra ante las causas que eximen de culpabilidad, que en el Código Penal están reguladas como causas de inculpabilidad en el Artículo 25; entre éstas se tiene, el estado de necesidad disculpante, miedo invencible, fuerza exterior, error (legítima defensa putativa), obediencia debida, omisión justificada; asimismo, regula los llamados elementos accidentales del delito o circunstancias atenuantes que modifican la responsabilidad penal en el Artículo 26.

En el anterior análisis se llega a la acción del autor, sin embargo, algunas teorías pretenden llegar por el camino intenso; es decir, analizar en primer término al autor para llegar a la acción. La premisa para asumir esta postura radica en que el hombre



es anterior al delito y que sin autor no hay conducta; sin embargo, ante esta postura el criterio cronológico no es lo relevante, pues se caería ante el trillado problema de que fue primero el huevo o la gallina; por lo que provocaría confusión aplicando esta lógica. Lo primero es la tipicidad y después la acción, asimismo sin delito tampoco hay autor.

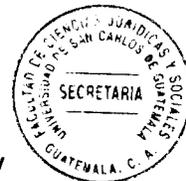
Por lo anteriormente expuesto, se adopta el criterio de que la teoría del delito está concebida como un sistema, una metodología, un proceso dinámico que requiere de la utilización técnica y procedimientos que conduzcan a establecer con objetividad si un hecho es constitutivo de delito y si en la comisión del mismo existe o no autor con culpabilidad o eximirlo de ella.

2.5. Elementos de la teoría del delito

Los elementos o entidades 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, Arango señala: “La preocupación de los canonistas de establecer una relación personal o subjetiva entre el sujeto y el hecho, era una lógica consecuencia del sentido expiatorio que se le daba a la pena.”²²

²² Arango Escobar, Julio Eduardo. **Las sistemáticas causalista y finalista del derecho penal**. Pág. 5



El mismo autor expone que: “La culpabilidad no sólo surge como un presupuesto y fundamento de la pena, sino al mismo tiempo permite graduarla; lo que permite una medida a su imposición.”²³

Se iniciaba con todo aquello una nueva corriente de pensamiento, más analítico, que más tarde vendría a incorporar la antijuridicidad, como acompañante unida 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. 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. Antijuridicidad o antijuridicidad, es la contravención de ese hecho típico, regulado en todo el ordenamiento jurídico. Y la culpabilidad, el reproche, porque el sujeto pudo actuar de otro modo.

Según la definición que se citó del delito, éste 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 antijuridicidad o antijuridicidad, la culpabilidad, la imputabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad, la punibilidad. Nombrándose en algunos casos, a los mencionados como

²³ *Ibid.* Pág. 6



elementos positivos del delito, y a sus respectivas formas antagónicas como elementos negativos del delito.”²⁴ En la presente investigación, se analizan los elementos mencionados.

2.5.1. Acción

Las normas del derecho penal tienen por objeto regular las acciones humanas, que se refieren tanto a la realización de una acción en sentido estricto, 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, que se conocen como las fases del intercriminis, 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.

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 sólo ocurre a partir de la finalidad, cuando el autor está seguro de lo que quiere decide resolver el problema como quiere. Fase externa: Después de decidir internamente el autor, ejecuta la actividad en el mundo externo; ahí pone en marcha conforme a su fin sus actividades, su proceso de ejecución del acto.

²⁴ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal español**. Pág. 130



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 previsto por la ley. Cuando falta la voluntad no hay acción plenamente relevante como en los siguientes casos.

Fuerza irresistible: El Código Penal regula en el Artículo 25, que la fuerza irresistible es una causa de inculpabilidad; o sea que en este caso lo toma como ausencia de voluntad.

Movimientos reflejos: Los reflejos físicos o movimientos instintivos no constituyen acción, pues tales movimientos no están controlados por la voluntad; quien tiene una convulsión epiléptica y como consecuencia de ello causa un daño no tiene voluntad puesta en ello. **Estado de inconsciencia:** Se pueden realizar actos que no dependen de la voluntad y en consecuencia no hay acción penalmente relevante; ejemplo un sonámbulo o un hipnotizado. Para el derecho penal, la acción es todo comportamiento derivado de la voluntad y la voluntad implica siempre una finalidad. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin; la acción es siempre un ejercicio de una voluntad final.

2.5.2. Tipicidad

Como se expresó, a los dispositivos que la ley utiliza para individualizar conductas penadas se les llama tipos. Sujeto, se adecúa a un tipo penal, entonces se genera la tipicidad. Se supone que en cada tipo se encuentra no un hecho aislado y por tanto



diferente de los demás elementos del delito, ajeno a las características individuales del delincuente.

Zaffaroni expone que: "En un tipo podemos encontrar un elemento subjetivo, lo mismo que uno objetivo."²⁵

Por tanto, cuando se habla de error de tipo, debe darse relevancia al elemento subjetivo y al elemento objetivo; toda vez, que en la renovación del derecho penal, se distingue ya una diferencia entre el dolo natural y el llamado dolo malo; recayendo en el primero el aspecto objetivo de la tipicidad, un error de tipo. Se debe recordar que a diferencia de la antijuricidad y la culpabilidad, la tipicidad si resulta un tema exclusivamente penal.

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. Es la contravención de ese hecho típico, con todo el ordenamiento jurídico. Y la culpabilidad, el reproche, ya que el sujeto pudo actuar de otro modo.

El tipo penal es un concepto jurídico producto de la interpretación de la ley penal, es la descripción de la conducta prohibida en la norma, a esta descripción deberá ajustarse un hecho concreto para que pueda sostenerse que es típico. El hecho se subsume bajo el tipo penal que está considerando. Este tipo penal se denomina de la adecuación y se diferencia con otros tipos penales por su amplitud; el tipo de garantía

²⁵ Zaffaroni, Raúl Eugenio. **Tratado de derecho penal parte general**. Pág. 29

contiene dos elementos que de acuerdo con el principio de legalidad, condicionan la aplicación de una pena y que pueden no caber dentro del tipo de la adecuación.

La teoría del tipo penal consiste en permitir establecer que la acción realizada es la acción prohibida por la norma y sancionada con pena por la ley; y procede descomponiendo cada uno de los elementos que integran la descripción.

El elemento fundamental de la descripción es la acción; según que el delito se agote en la acción corporal o requiera una consecuencia que es producto de la misma; distinguiéndose, delitos de actividad, delitos de peligro y delitos de lesión. Junto a la acción hay delitos en los que adquiere importancia el sujeto de la acción, pues no todos los delitos pueden ser cometidos por cualquiera que tenga capacidad de acción; como por ejemplo en el hurto, en éste cualquiera que se apodera de cosa mueble ajena es autor.

Hay ciertos delitos que sólo pueden cometerlos un número reducido de personas, aquéllas que tengan las características especiales del autor requeridas en el tipo penal. Como en los delitos de funcionarios públicos, estos sólo podrán ser cometidos por un autor que sea funcionario, juez o abogado. Estos delitos que contienen una exigencia específica respecto del sujeto activo se denominan delitos especiales; pueden ser propios e impropios, propios cuando la característica especial del autor es el fundamento de la punibilidad. La acción sólo es delito si la realiza el sujeto específico. Impropios, cuando la característica especial del autor no es fundamento de la punibilidad sino una circunstancia que agrava o atenúa la pena.

En cuanto a la estructura del tipo se encuentran los elementos normativos, que son aquellos que implican una valoración del juzgador y; elementos descriptivos, que describen en su totalidad la conducta.

Cuando los elementos exteriores se alcanzan con la voluntad del autor, una conducta es contraria a la norma; cuando el autor se representa elementos tales como un cierto comportamiento, un resultado, la muerte de una persona; hay relación causal entre acción y resultado.

Compuesto por los elementos de la conciencia del autor, que constituye la infracción a la norma. En algunos casos es preciso preguntarse si el autor ha tenido voluntad de realizar los elementos desvalorativos. Cuando se analiza el caso concreto, 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 error de tipo 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 con relación a tipo culposo, si el error fuere evitable.

2.5.3. Antijuridicidad

Cuando el orden jurídico no permite determinada conducta, se supone entonces que el actuar está en contra de esa disposición; constituiría un acto contrario a la juricidad, lo que técnicamente se nombrará como antijuridicidad. Por tanto, la antijuridicidad, es el calificativo que recibe todo hecho, que se encuentre reñido con lo que el orden



jurídico permite y que además, constituye en latu sensu, un injusto penal. La antijuridicidad, en sentido formal, es una relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal. Materialmente hablando, una acción antisocial que pone en peligro un bien jurídico tutelado; y que en un juicio de valor se declara que la conducta no es la que demanda el derecho, por tanto es un injusto penal. Es decir, el juicio desvalorativo que un juez penal hace sobre la acción típica en la medida en que ésta pone en peligro un bien jurídico tutelado.

La juricidad es el tema dentro de la teoría del delito, que más controversial relación enfatiza con el error, puesto que el realizar un hecho contrario a la juricidad, presupone ya un dilema; preguntarse, si el sujeto que lo cometió lo hizo en conocimiento de su antijuridicidad o en comprensión de esta misma, o por ignorancia de lo antijurídico de su actuar. He aquí una de las principales formas del error de prohibición moderno.

2.5.4. Culpabilidad

La culpabilidad da lugar a un juicio de reproche, porque el sujeto que actúa en forma antijurídica puede actuar diversamente. Por tanto, se entiende por culpabilidad, la reprochabilidad que en diferentes grados se le aplica al infractor de una norma penal. En otras palabras, el responsable de un injusto penal típico, tiene necesaria e indisolublemente que relacionarse con la culpabilidad; puesto que existe un nivel de susceptibilidad a ser sancionado, curado, justificado, inculpado o eximido de toda responsabilidad; de conformidad con el grado de reprochabilidad que resulte asignado a su acción.



Durante mucho tiempo el término de culpabilidad, fue visto, entendido y tratado, desde un ángulo psicológico. Feuerbach hablaba de una causación psíquica del delito. La conducta humana que encerraba un hecho ilícito, no se analizó si provenía de un acto deliberado o no.

“Santo Tomás de Aquino, explicaba que las acciones que podían ser deliberadas eran humanas, aunque no distinguió que las no deliberadas fuesen acciones del hombre.”²⁶

El autor Juan Bustos Ramírez menciona: "Todos los autores, hasta la época de Franz Von Liszt, consideraban claramente el componente del delito que es la culpabilidad. Sin embargo, todavía hasta mediados del siglo XIX, se encuentra que la misma, era referida como la fuerza moral o aspecto moral del delito."²⁷

Se puede indicar, para finalizar este punto, que la teoría del delito es la parte de la ciencia del derecho penal que comprende el estudio de los elementos positivos y negativos del delito así como sus formas de manifestarse; que tiene por objeto la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en un caso concreto; encargándose de estudiar las partes comunes de todo hecho delictivo. De esto deviene la importancia de esta teoría.

²⁶ **Ibid.** Pág 48

²⁷ Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit.** Pág. 130



CAPÍTULO III

3. Delito informático

3.1. Aspectos generales

La informática, es una de las ciencias más jóvenes en el contexto de las ramas del conocimiento humano; pero constituye una materia, cuyos avances y desarrollo constantes parecen no tener límites. La informática tiene singular importancia en la época actual, marcada por los adelantos en materia tecnológica y sobre todo en la expansión de las economías a nivel mundial, que poco a poco han ido convirtiendo al mundo en una aldea global, con el presente proceso globalizador que permite la eliminación de las fronteras de tipo social, cultural, arancelarias, económicas y en algunos países, especialmente en los europeos, política; para la plena integración de las culturas de las naciones de los países parte de la globalización .

Es tal la relevancia de la informática en la actualidad, por su conexión con los diferentes ámbitos del saber y de su inserción en múltiples actividades que realiza el ser humano; que se consideró necesario la realización del presente análisis, vinculado al tema del derecho informático como una de las ciencias jurídicas constituidas por un conjunto de principios, doctrinas y normas jurídicas, que pretenden regular el conocimiento científico y técnico que posibilita el tratamiento automático de la información, por medio de las computadoras, la regulación, administración y protección de los sistemas operativo-informáticos y de los ordenadores; de los derechos y obligaciones que los usuarios de la red deben observar en la realización de sus actos



informáticos y de las correspondientes sanciones que conlleva el incumplimiento de dichas normas; para obtener el lineamiento de la conducta humana dentro de la sociedad.

El derecho informático es una materia de actual concepción, cuyas normas se caracterizan por la innovación y adaptación de los cambios tecnológicos que se van suscitando en los sistemas operativos y en las reglas y los sistemas de contratación informática: Por eso en un país como Guatemala que no raras veces se ve rebasado por los cambios que imponen las sociedades desarrolladas; se considera que es urgente darle seguimiento, no sólo a la sustantividad de las normas penales, sino que también a las adjetivas; en particular, en lo que respecta el problema de una incipiente regulación en el Código Penal, de las conductas antijurídicas que conforman los delitos informáticos.

Dentro del contexto del ordenamiento jurídico penal guatemalteco se produce un gran vacío legal toda vez que en lo concerniente al Código Penal, no se establece en ninguno de sus títulos la regulación de los delitos informáticos; lo cual es perjudicial, toda vez que no se protege de manera efectiva a las personas individuales, a la industria, a las entidades estatales y en general a todos aquellos que manipulan de alguna forma datos a nivel informático. Por ello, la legislación guatemalteca, se ha quedado rezagada en cuanto a la realidad que se vive a nivel mundial de los sistemas operativos; toda vez que no se ha producido por parte de los legisladores una reforma estructural al Código Penal, a fin de regular de forma taxativa los distintos tipos penales relacionados con los delitos informáticos.



Si bien es cierto, la gama de delitos informáticos que existen es inmensa, regular de manera efectiva los que se producen en Guatemala, representaría un gran avance en la aplicación de los diferentes tipos penales; toda vez que actuarían como elementos disuasivos entre los delincuentes informáticos, los cuales valiéndose de ciertos conocimientos actúan con total impunidad, escudados en la falta de tipos penales que sancionen este tipo de actuar.

Es precisamente ese actuar, motivo fundamental del análisis jurídico, el que determina la serie de acciones que se cometen con total impunidad relacionadas con el manejo, procesamiento y transmisión de información; acciones que en otras legislaciones se denominan delitos informáticos, los cuales precisan ser regulados en el ordenamiento jurídico penal sustantivo nacional.

Los progresos mundiales de las computadoras, el creciente aumento de las capacidades de almacenamiento y procesamiento, la miniaturización de los chips de las computadoras instaladas en productos industriales, la fusión del proceso de la información con las nuevas tecnologías de comunicación, así como la investigación en el campo de la inteligencia artificial; ejemplifican el desarrollo actual definido a menudo como la era de la información.

Es indudable, las computadoras se presentan como una herramienta muy favorable para la sociedad; pero también pueden constituir un verdadero instrumento para actos ilícitos. Este tipo de actitudes concebidas por el hombre encuentran sus orígenes desde el mismo surgimiento de la tecnología informática. La facilitación de las labores que traen consigo las computadoras, propician que en un momento dado, el



usuario se encuentre ante una situación de ocio, la cual canalizan a través de la computadora, cometiendo sin darse cuenta una serie de ilícitos.

La evolución tecnológica ha generado un importante número de conductas nocivas que, aprovechando el poder de la información, buscan lucros ilegítimos y causan daños.

Esa marcha de las aplicaciones de la informática no sólo tiene un lado ventajoso sino que plantea también problemas de significativa importancia para el funcionamiento y la seguridad de los sistemas informáticos registrados en la última década en los Estados Unidos de América, Europa Occidental, Australia y Japón; representa una amenaza para la economía de un país y también para la sociedad en su conjunto.

En la actualidad la informática 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, en el estudio e incluso en el ocio. Sin embargo, junto a las incuestionables ventajas que presentan comienzan a surgir algunas facetas negativas, como por ejemplo, lo que se conoce como criminalidad informática.

El espectacular desarrollo de la tecnología informática ha abierto las puertas a nuevas posibilidades de delincuencia antes impensables; 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 pueda 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.

Pero, no sólo la cuantía de los perjuicios así ocasionados es a menudo infinitamente superior a la usual en la delincuencia tradicional; también son más elevadas las posibilidades de no descubrirse.

Se trata de una delincuencia de especialistas capaces, muchas veces, de borrar todo vestigio de los hechos, dejando en abandono a cualquier persona afectada.

En este sentido, la informática puede ser el objeto del ataque o el medio para cometer otros delitos. La informática reúne unas características que la convierten en un medio idóneo para la comisión de muy distintas modalidades delictivas, en especial de carácter patrimonial estafas, apropiaciones indebidas, etc.

La idoneidad proviene básicamente, de la gran cantidad de datos que se acumulan, con la consiguiente facilidad de acceso a ellos y la relativamente factible manipulación de esos datos.

La importancia reciente de los sistemas de datos, por su gran incidencia en la marcha de las empresas, tanto públicas como privadas, los ha transformado en un objeto cuyo ataque provoca un perjuicio enorme, que va mucho más allá del valor material de los objetos destruidos. A ello se une que esos ataques sean relativamente fáciles de realizar con resultados altamente satisfactorios y al mismo tiempo procurar a los autores una probabilidad bastante alta de alcanzar los objetivos sin ser descubiertos.

En consecuencia, la legislación sobre protección de los sistemas informáticos ha de perseguir acercarse lo más posible a los distintos medios de protección ya existentes, creando una nueva regulación sólo en aquellos aspectos en los que, a 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 o jurídicas, en aspectos tan fundamentales para el normal desarrollo y funcionamiento de diversas actividades como bancarias, financieras, tributarias, identificación de las personas. Y a ello se agrega que existen bancos de datos, empresas o entidades dedicadas a proporcionar, si se desea, cualquier información, 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.

3.2. Concepto

La delincuencia informática se refiere a la forma delictiva del fraude informático que no sólo da origen a la acción civil sino, además, a sanciones penales. Se caracteriza por ser una delincuencia de especialistas, cuyo descubrimiento y seguimiento se dificulta, por la capacidad de estos para ocultar o borrar las huellas del delito, lo cual exige la tecnificación y capacitación de los investigadores, factor que ha propiciado a su vez la necesidad de regulación por parte del derecho.

Bien puede tratarse de conductas nuevas, específicamente ligadas a la tecnología, como la piratería de software, o de refinación de la delincuencia tradicional con utilización de la tecnología informática para la comisión de delitos comunes tales como hurtos, estafas, interceptación de comunicaciones, extorsión, aprovechamientos de error ajeno, pánico económico, entre otros, conductas que hoy en día son comunes y frecuentes en Guatemala.

El delito informático implica actividad criminal que en un primer momento han tratado de encuadrar en tipos penales tradicionales como robo, hurto, fraude, falsificación, sabotaje, estafa, entre otros. Sin embargo, debe destacarse que el uso de las técnicas informativas ha creado nuevas posibilidades, debido al uso indebido de las computadoras, lo que ha propiciado a su vez la necesidad de regular su parte del



derecho. Puede decirse que los delitos informáticos son aquellos en los que con la ayuda de la informática o técnicas anexas por medio de internet; tienen como objetivo destruir y dañar ordenadores, medios electrónicos y redes de internet.

Las categorías que definen un delito informático son aún mayores y complejas y pueden incluir delitos tradicionales como el fraude, el robo, chantaje, falsificación y la malversación de caudales públicos, en los cuales los ordenadores y redes han sido utilizados. Con el desarrollo de la programación y de internet, los delitos informáticos se han vuelto más frecuentes y sofisticados.

Según el tratadista García Pablo Molina el delito informático parte de dos conceptos suministrados por Alica Raquel Lilli y María Amalia Massa: “Uno restringido que tiene como aquel hecho en el que independientemente del perjuicio que puede causarse a otros bienes jurídicamente tutelados y que eventualmente puedan concurrir en forma real o ideal, se atacan elementos puramente informáticos. Tales serán los casos del uso indebido del software, apropiación indebida de datos, interferencias en sistemas de datos ajenos y en el sentido amplio, es la acción típica antijurídica y culpable para cuya consumación se utiliza o se afecta a una computadora o sus accesorios”.²⁸

El doctor Claudio Libano Manssur describe el delito informático como: “Todas aquellas acciones u omisiones típicas, antijurídicas y dolosas, trátense de hechos aislados o de una serie de ellos, cometidos contra personas naturales o jurídicas, realizadas en uso de un sistema de tratamiento de la información y destinadas a producir un perjuicio en

²⁸ García, Pablo Molina. *Informática y derecho penal en implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información*. Pág. 173

la víctima a través de atentados a la sana técnica informática, lo cual, generalmente, producirá de manera colateral lesiones a distintos valores jurídicos, reportándose, muchas veces, un beneficio ilícito en el agente, sea o no de carácter patrimonial, actúe con o sin ánimo de lucro”.²⁹

3.3. Clasificación de los delitos informáticos

3.3.1. Clasificación según el instrumento, medio o fin u objetivo

Se puede clasificar de acuerdo a dos criterios:

a) Instrumento o medio

En esta categoría se encuentran las conductas criminales que se valen de las computadoras como método, medio o símbolo en la comisión del ilícito, por ejemplo:

- a) La variación de los activos y pasivos en la situación contable de las empresas.
- b) El planeamiento y simulación de delitos convencionales (robo, homicidio, fraude, entre otros)
- c) La lectura, sustracción o copiado de información confidencial.
- d) La modificación de datos tanto en la entrada como en la salida

²⁹ Manzar, Claudio Libano. **Los delitos de hacking en sus diversas manifestaciones**. Pág. 82

- e) El aprovechamiento indebido o violación de un código para penetrar a un sistema introduciendo instrucciones inapropiadas
- f) La variación en cuanto al destino de pequeñas cantidades de dinero hacia una cuenta bancaria apócrifa.
- g) El uso no autorizado de programas de cómputo
- h) La alteración en el funcionamiento de los sistemas, a través de los virus informáticos.

b) Como fin u objetivo

En esta categoría, se enmarcan las conductas criminales que van dirigidas contra las computadoras, accesorios o programas como entidad física, como ejemplo: Programación de instrucciones que producen un bloqueo total al sistema, entre los que destacan:

- a) La destrucción de programas por cualquier método.
- b) El daño a la memoria
- c) El atentado físico contra la máquina o sus accesorios
- d) El sabotaje político o terrorismo en que se destruya o surja un apoderamiento de los centros neurálgicos computarizados y



- e) El secuestro de soportes magnéticos entre los que figure información valiosa con fines de chantaje (pago de rescate).

3.3.2. Clasificación según actividades delictivas graves

Por otro lado, la red o internet, permite dar soporte para la comisión de otro tipo de delitos:

a) El terrorismo

Mensajes anónimos aprovechados por grupos terroristas para remitirse consignas y planes de actuación a nivel internacional. La existencia de hosts que ocultan la identidad del remitente, convirtiendo el mensaje en anónimo ha podido ser aprovechado por grupos terroristas para remitirse consignas y planes de actuación a nivel internacional.

b) El narcotráfico

El autor Manzar expone que: "Transmisión de fórmulas para la fabricación de estupefacientes, para el blanqueo de dinero y para la coordinación de entregas y recogidas. Tanto el Buro Federal de Investigaciones, por sus siglas en ingles FBI, como el Fiscal General de los Estados Unidos de América han alertado sobre la necesidad de medidas que permitan interceptar y descifrar los mensajes encriptados que utilizan los narcotraficantes para ponerse en contacto con los carteles."³⁰

³⁰ Ibid. Pág. 87



En el caso de Guatemala el modus operandi, de este acto ilícito, de conformidad con el internet, consiste en operaciones o transacciones ilícitas que realizan los narcotraficantes mediante reuniones virtuales chat, messenger; con el objeto de coordinar sus operaciones en el territorio de Guatemala, evitando reunirse entre ellos de manera física, sino en forma virtual por medio de las computadoras con acceso a internet.

Respecto a estas actividades que realizan los narcotraficantes en Guatemala, las autoridades no han podido resolver este problema por no contar con una tecnología apta para evitar estas maniobras que evitan la captura de los narcotraficantes.

c) El espionaje

El autor Manzar expone que: “Se han dado casos de acceso no autorizado a sistemas informáticos gubernamentales en interceptación de correo electrónico del servicio secreto de los Estados Unidos de América, entre otros actos que podrían ser calificados de espionaje si el destinatario final de esa información fuese un gobierno u organización extranjera. Entre los casos más famosos se puede citar el acceso al sistema informático del Pentágono y la divulgación a través del internet de los mensajes remitidos por el servicio secreto norteamericano durante la crisis nuclear en Corea del Norte en 1994, respecto al campo de pruebas de misiles. Aunque no parece que en este caso haya existido en realidad un acto de espionaje, se ha evidenciado una vez más la vulnerabilidad de los sistemas de seguridad gubernamentales.”³¹

³¹ **Ibid.** Pág. 95



d) El espionaje industrial

También se han dado casos de accesos no autorizados a sistemas informáticos de grandes compañías, usurpando diseños industriales, fórmulas, sistemas de fabricación y know how estratégico que posteriormente ha sido aprovechado en empresas competidoras o ha sido objeto de una divulgación no autorizada.

e) Otros delitos

Las mismas ventajas que encuentran en la internet los narcotraficantes pueden ser aprovechadas para la planificación de otros delitos como el tráfico de armas, proselitismo de sectas, propaganda de grupos extremistas y cualquier otro delito que pueda ser trasladado de la vida real al ciberespacio o al revés.

3.4. Tipificación de los delitos informáticos

3.4.1. Delitos informáticos según la actividad informática

Sabotaje informático

El término sabotaje informático comprende todas aquellas conductas dirigidas a causar daños en el hardware o en el software de un sistema.

Los métodos utilizados para causar destrozos en los sistemas informáticos son de índole muy variada y han ido evolucionando hacia técnicas cada vez más sofisticadas y de difícil detección. Básicamente, se pueden diferenciar dos grupos de casos: por un



lado, las conductas dirigidas a causar destrozos físicos y, por el otro, los métodos dirigidos a causar daños lógicos.

a) Conductas dirigidas a causar daños físicos

El primer grupo comprende todo tipo de conductas destinadas a la destrucción física del hardware y el software de un sistema (por ejemplo: causar incendios o explosiones, introducir piezas de aluminio dentro de la computadora para producir cortocircuitos, echar café intencionalmente o agentes cáusticos en los equipos, etc.)

Estas conductas pueden ser analizadas desde el punto de vista jurídico, en forma similar a los comportamientos análogos de destrucción física de otra clase de objeto previsto típicamente en el delito de daño.

b) Conductas dirigidas a causar daños lógicos

El segundo grupo, más específicamente relacionado con la técnica informática, se refiere a las conductas que causan destrozos lógicos; o sea, todas aquellas conductas que producen, como resultado, la destrucción, ocultación o alteración de datos contenidos en un sistema informático.

Este tipo de daño a un sistema se puede alcanzar de diversas formas. Desde la más simple que se pueda imaginar, como desenchufar el ordenador de la electricidad mientras se está trabajando con él o en borrar un documento o datos de un archivo; hasta la utilización de los más complejos programas lógicos destructivos (crash-



programs), sumamente riesgosos para los sistemas, por su posibilidad de destruir gran cantidad de datos en un tiempo mínimo.

Bombas lógicas (time bombs)

En esta modalidad, la actividad destructiva del programa comienza tras un plazo, sea por el mero transcurso del tiempo por ejemplo a los dos meses o en una fecha o a una hora determinada, o por la aparición de determinada señal que puede aparecer o puede no aparecer, como la presencia de un dato, de un código o cualquier mandato que, de acuerdo a lo determinado por el programador, es identificado por el programa como la señal para empezar a actuar.

“La jurisprudencia francesa registra un ejemplo de este tipo de casos. Un empleado programó el sistema de tal forma que los ficheros de la empresa se destruirían automáticamente si su nombre era borrado de la lista de empleados de la empresa.”³²

Otra modalidad que actúa sobre los programas de aplicación es el llamado cáncer de rutinas. En esta técnica los programas destructivos tienen la particularidad de que se reproducen, por sí mismos, en otros programas, arbitrariamente escogidos.

Una variante perfeccionada de la anterior modalidad es el virus informático, que es un programa capaz de multiplicarse por sí mismo y contaminar los otros programas que se hallan en el mismo disco rígido donde fue instalado y en los datos y programas contenidos en los distintos discos con los que toma contacto a través de una conexión

³² Ibid. Pág. 94



los distintos discos con los que toma contacto a través de una conexión a internet; y hoy en día por la utilización de memorias para Universal Serial Bus, por sus siglas en ingles USB.

Fraude a través de computadoras

Estas conductas consisten en la manipulación ilícita, a través de la creación de datos falsos o la alteración de datos o procesos contenidos en sistemas informáticos, realizada con el objeto de obtener ganancias indebidas.

Los distintos métodos para realizar estas conductas se deducen fácilmente, de la forma de trabajo de un sistema informático: en primer lugar, es posible alterar datos, omitir ingresar datos verdaderos o introducir datos falsos, en un ordenador, es decir una computadora.

Esta forma de realización se conoce como manipulación del input, información que se encuentra en el interior de una computadora o en un programa.

En segundo lugar, es posible interferir en el correcto procesamiento de la información, alterando el programa o secuencia lógica con el que trabaja el ordenador. Esta modalidad puede ser cometida tanto al modificar los programas originales, como al adicionar al sistema programas especiales que introduce el autor. A diferencia de las manipulaciones del input que, incluso, pueden ser realizadas por personas sin conocimientos especiales de informática, esta modalidad es más específicamente informática y requiere conocimientos técnicos especiales.

Por último, es posible falsear el resultado, inicialmente correcto, obtenido por un ordenador, a esta modalidad se le conoce como manipulación del output, manipulación de la información antes de ingresarla a la computadora o a un programa. Una característica general de este tipo de fraudes, interesante para el análisis jurídico, es que en la mayoría de los casos detectados, la conducta delictiva es repetida varias veces en el tiempo. Lo que sucede es que, una vez que el autor descubre o genera una laguna o falta en el sistema, tiene la posibilidad de repetir, cuantas veces quiera, la comisión del hecho. Incluso, en los casos de manipulación del programa, la reiteración puede ser automática, realizada por el mismo sistema sin ninguna participación del autor y cada vez que el programa se active.

Si el sistema informático está conectado a una red de comunicación entre ordenadores, a través de líneas telefónicas o de cualquiera de los medios de comunicación remota de amplio desarrollo en los últimos años, el autor cibercriminal podría realizar fraudes u otros delitos informáticos, sin ni siquiera tener que ingresar en una manera personal a las oficinas donde funciona el sistema, incluso desde su propia casa y con una computadora personal, aún más, los sistemas de comunicación internacional, permiten que una conducta de este tipo sea realizada en un país y tenga efectos en otro.

Respecto a los objetos sobre los que recae la acción del fraude informático, estos son, generalmente, los datos informáticos relativos a activos o valores. En la mayoría de los casos estos datos representan valores intangibles, ejemplo depósitos monetarios, créditos en otros casos, los datos que son objeto del fraude, representan objetos



corporales mercadería, dinero en efectivo, que obtiene el autor mediante la manipulación del sistema. En las manipulaciones referidas a datos que representan objetos corporales, las pérdidas para la víctima son generalmente menores, ya que están limitadas por la cantidad de objetos disponibles. En cambio, en la manipulación de datos referida a bienes intangibles, el monto del perjuicio no se limita a la cantidad existente sino que, por el contrario, puede ser creado por el autor.

Copia ilegal de software y espionaje informático

Se engloban las conductas dirigidas a obtener datos, en forma ilegítima, de un sistema de información. Es común el apoderamiento de datos de investigaciones, listas de clientes, balances.

En muchos casos el objeto del apoderamiento es el mismo programa de computación (software) que suele tener un importante valor económico.

Infracción de los derechos de autor

La interpretación de los conceptos de copia, distribución, cesión y comunicación pública de los programas de ordenador utilizando la red provoca diferencias de criterio a nivel jurisprudencial.

Infracción del copyright (derecho de copia) de bases de datos

No existe una protección uniforme de las bases de datos en los países que tienen acceso a internet. El sistema de protección más habitual es el contractual, el



propietario del sistema permite que los usuarios hagan downloads, descargas, es decir bajar información y poder utilizarla de los ficheros contenidos en el sistema, pero prohíbe el replicado de la base de datos o la copia masiva de información que se encuentra almacenada.

Uso ilegítimo de sistemas informáticos ajenos

Esta modalidad consiste en la utilización sin autorización de los ordenadores y los programas de un sistema informático ajeno.

Este tipo de conductas es comúnmente cometido por empleados de los sistemas de procesamiento de datos; que utilizan los sistemas de las empresas para fines privados y actividades complementarias a su trabajo.

En estos supuestos, sólo se produce un perjuicio económico importante para las empresas en los casos de abuso en el ámbito del teleproceso o en los casos en que las empresas deben pagar alquiler por el tiempo de uso del sistema.

Acceso no autorizado

La corriente reguladora sostiene que el uso ilegítimo de passwords o contraseña y la entrada en un sistema informático sin la autorización del propietario; así como entrar al correo electrónico de una persona sin la debida autorización de esta persona, debe quedar tipificado como un delito, puesto que el bien jurídico que acostumbra a protegerse con la contraseña es lo suficientemente importante para que el daño producido sea grave.

3.4.2. Delitos informáticos contra la propiedad

Esta tipificación se refiere a quien a través del uso indebido de tecnologías, manipule los sistemas que atenten contra la propiedad.

- a) **Fraude:** Esta modalidad de delito, consiste en el uso de tecnologías de información, valiéndose de cualquier manipulación en sistemas o cualquiera de sus componentes, o en la data o información en ellos contenida, pretenda insertar instrucciones falsas o fraudulentas, que produzcan un resultado que permita obtener un provecho injusto en perjuicio ajeno.

- b) **Manejo fraudulento de tarjetas inteligentes:** Engloba a toda persona que por cualquier medio cree, capture, grabe, copie, altere, duplique o elimine la data o información contenida en una tarjeta inteligente o en cualquier instrumento destinado a los mismos fines; o la persona que, mediante cualquier uso indebido de tecnologías de información, cree, capture, duplique o altere la data o información en un sistema, con el objeto de incorporar usuarios, cuentas, registros o consumos inexistentes o modifique la cuantía de estos.

- c) **Obtención indebida de bienes o servicios:** Modalidad de conducta ilícita que se refiere a quien, sin autorización para portarlos, utilice una tarjeta inteligente ajena o instrumento destinado a los mismos fines, o el que utilice indebidamente tecnologías de información para requerir la obtención de cualquier efecto, bien o servicio; o para proveer su pago sin erogar o asumir el compromiso de pago de la contraprestación debida.

3.4.3. Delitos informáticos contra niños, niñas y adolescentes

En estos delitos se utilizan los medios tecnológicos de información involucrando todo lo referente a niños, niñas o adolescentes, atentado contra su seguridad sexual.

- a) **Difusión o exhibición de material pornográfico:** Esta modalidad de delito se requiere a aquél que, por cualquier medio que involucre el uso de tecnologías de información, exhiba, difunda, transmita o venda material pornográfico o reservado a personas adultas, sin realizar previamente las debidas advertencias para el usuario y no restrinja el acceso a niños, niñas y adolescentes.

- b) **Exhibición pornográfica de niños o adolescentes:** Toda persona que por cualquier medio involucre el uso de tecnologías de información y utilice a la persona o imagen de un niño, niña o adolescente con fines exhibicionistas o pornográficos.

3.4.4. Delitos informáticos contra la privacidad

Existe un grupo de conductas que de alguna manera pueden afectar la esfera de privacidad del ciudadano, mediante la acumulación de archivos y divulgación indebida de datos contenidos en sistemas informáticos.

Esta tipificación se refiere a quien, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar (datos sensibles) de otro, que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado.



Existen circunstancias agravantes de la divulgación de ficheros, los cuales se dan en función de:

- a) El carácter de los datos: ideología, religión, creencias, salud, origen, racial, vida sexual; y
- b) Las circunstancias de la víctima: menor de edad o incapaz.

También comprende la interceptación de las comunicaciones, la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación.

- a) **Interceptación de e-mail:** Este caso es una ampliación de los preceptos que castigan la violación de correspondencia y la interceptación de telecomunicaciones; de forma que la lectura de un mensaje electrónico ajeno revista la misma gravedad.
- b) **Visión a la intimidad personal:** Se refiere a las manifestaciones de la personalidad individual o familiar, cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a su titular.

3.5. Elementos personales de los delitos informáticos

Los sujetos involucrados según el autor Francesco Carrara en la comisión de esta clase de delitos son:



a) "Sujeto activo"

Con el tiempo se ha podido comprobar que los autores de los delitos informáticos son muy diversos y que la diferencia entre sí es la naturaleza de los delitos cometidos.

En forma más concreta en cuanto a la característica del sujeto activo del delito informático; las personas que cometen los delitos informáticos son aquellas que poseen ciertas características que no presentan el denominador común de los delincuentes; esto es, 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 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.

De esta forma, la persona que ingresa en un sistema informático sin intenciones delictivas es muy diferente del empleado de una institución financiera que desvía fondos de las cuentas de sus clientes.

El nivel típico de aptitudes de delincuente informático es tema de controversia; ya que para algunos el nivel de aptitudes no es indicador de delincuencia informática pero sí de una actividad punible; en tanto que otros aducen que los posibles delincuentes informáticos son personas listas, decididas, motivadas y dispuestas a aceptar un reto tecnológico, características que pudieran encontrarse en un empleado del sector de procesamiento de datos.



b) Sujeto pasivo

Sujeto pasivo o víctima del delito informático, 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 las víctimas pueden ser individuos, instituciones, gobiernos, etc., que usan sistemas automatizados de información generalmente conectados a otros. La determinación del sujeto pasivo es importante, toda vez que a través de su identificación se pueden conocer los diferentes ilícitos que cometen los delincuentes informáticos; debido a que muchos de los delitos son descubiertos casualmente por el desconocimiento del modus operandi de los sujetos activos.”³³

En Guatemala, el fenómeno de la criminalidad informática o de los llamados delitos informáticos no ha alcanzado todavía una importancia mayor; esto por cuanto no se conoce dentro del entorno legal mucho sobre esta clase de infracciones, a pesar del efecto que se está viviendo; y la razón de que esta nueva forma de lesión a bienes jurídicos tutelados no sea tomada en cuenta, es porque se ha perdido por parte de la legislación penal nacional la conexión entre ésta y la realidad social actual.

³³ Carrara Francesco. *Ob. Cit.* Pág. 45



CAPÍTULO IV

4. Bien jurídico tutelado

4.1. Aspectos generales

La teoría del bien jurídico, se origina, en las primeras décadas del siglo XIX. Se refiere a los bienes jurídicamente protegidos por el derecho, concepción demasiado abstracta para función delimitadora del jus puniendi

El origen del bien jurídico, está por tanto, en la pretensión de elaborar un concepto de delito previo al que forme el legislador, que condicione sus decisiones, pretensión característica de una concepción liberal del Estado, que concibe éste como un instrumento que el individuo crea para preservar los bienes que la colectividad en su conjunto crea de suma conveniencia proteger.

En otras palabras, el bien jurídico es la elevación a la categoría de bien tutelado o protegido por el derecho, mediante una sanción para cualquier conducta que lesione o amenace con lesionar este bien protegido; de esta reflexión se puede deducir que el bien jurídico, obtiene ese carácter con la vigencia de una norma que lo contenga en su ámbito de protección, mas si esta norma no existiera o caducara, éste no deja de existir, pero sí de tener el carácter de jurídico.

La característica proteccionista que brinda la normatividad para con los bienes jurídicos, se hace notar con mayor incidencia en el derecho penal, ya que es esta rama del derecho en la que la norma se orienta directamente para la supresión de



cualquier acto contrario a mantener la protección del bien jurídico; por ejemplo, el delito de homicidio, sanciona actos contra la vida de la persona, el delito de injuria, sanciona los actos que lesionen el honor de la misma.

Es importante tener en cuenta que la protección del bien jurídico, si bien se puede observar con mayor fuerza en el derecho penal, lo cierto es que esta protección va de parte de todo el ordenamiento legal; ya que sería totalmente contradictorio que mientras la norma penal sancione el homicidio, una norma civil o de cualquier otra índole lo permita o consienta.

En cuanto al origen natural del bien jurídico, un sector de la doctrina, entre ellos el maestro Bustos, sostiene que: "Éste nace desde las entrañas del mismo contrato social, como un derecho a ser respetado y como un deber de respetarlo, y como contraparte apareció el delito como lesión a este derecho preexistente."

En la actualidad la conceptualización del bien jurídico, no ha variado en su aspecto sustancial de valoración de bien a una categoría superior, la de bien jurídico por la ley, en cuanto a ciertos criterios, como el origen, o como el área del derecho que deba contenerlos y, otros aspectos.

Existen dos grandes opciones a la hora de abordar qué es y para qué sirve el bien jurídico, que arrancan de las perspectivas de Binding y Von Liszt, citados por Bustos expone que: "No hacen sino representar las diferentes figuras que tiene una sociedad acerca de cómo proteger sus intereses a favor de una convivencia pacífica; pero para alcanzar este fin se debían establecer ciertos límites, tanto a la conducta de los

individuos que componen determinada sociedad, como de quienes redactarían las normas que regularían estas conductas, en este punto se encuentra, el bien jurídico.”

En la concepción formal se está ante un bien de derecho, éste, el bien jurídico, es inminente, sistema legal, es una creación representativa del legislador, este planteamiento es coherente con una concepción formalista del derecho, que identifica al delito con contravención de la norma.

Bustos expone que: “Desde esta posición se renuncia a enjuiciar y a criticar la decisión del legislador a partir del bien jurídico; se está ante una categoría formal, por ello es importante para cumplir criterios de sistematización y ordenación, pero que ha abandonado la función de potencial límite al legislador con la que fue concebida por Birnbaum.”³⁴

En otras palabras, según la tesis formal, el bien jurídico es producto del derecho, es una creación del derecho y que de su no positivización se entiende su no existencia.

Por otro lado Von Liszt, propugnaba que: “Bien jurídico, como bien de los hombres reconocido y protegido por el derecho, bien de los hombres que ya es valorado y determinado por su contenido en cada sociedad, en cada grupo o en cada momento histórico, es decir, que es el objeto de valoraciones sociales previas a la decisión del legislador”.³⁵

³⁴ Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit.** Pág. 138

³⁵ Von Liszt Frank. **Ob.cit.** Pág. 257



El ius puniendi es única y exclusivamente una facultad que corresponde al Estado, siendo éste el ente soberano debidamente organizado que tiende a la protección de ciertos valores que son necesarios para el desarrollo y la convivencia social; cuando esa serie de valores humanos, materiales y morales son elevados a categoría jurídica por parte del Organismo Legislativo es el momento cuando trasciende al derecho penal como bienes o intereses jurídicamente protegidos o tutelados por el Estado; por tal razón reciben el nombre de bien jurídico tutelado en el delito, que doctrinariamente se conoce como el objeto jurídico de ataque en el delito.

El bien jurídico tutelado en las normas de índole penal, está constituido por los intereses jurídicamente protegidos, esto indica que todos los bienes jurídicos son intereses vitales, cuyos intereses son del individuo o grupos de personas. Algo importante que se debe apuntar, es que los intereses, que se conocen como bien jurídico, no son creados por el ordenamiento, sino por la vida misma, pero la protección, jurídica eleva el interés vital a bien jurídico.

El bien jurídico no es creado por el derecho como se ha establecido de las conceptualizaciones precedentes y de los análisis doctrinales previos; el bien jurídico nace de una necesidad de protección a ciertos y cambiantes bienes inminentes a las personas como tales; esta protección es catalizada por el legislador al recogerlas en el texto constitucional, de la cual existirían bienes cuya protección será cumplida por otras ramas del derecho; es decir que no todos los bienes jurídicos contenidos en la Constitución Política tienen una protección penal, existen bienes jurídicos de tutela civil, laboral administrativa, entre otras.

Aquellos bienes jurídicos cuya tutela sólo y únicamente puede ser la tutela penal, son los denominados bienes jurídicos penales; al determinar cuáles son los bienes jurídicos que merecen tutela penal, siempre se tendrá en cuenta el principio de tener al derecho penal como ultima ratio; es decir, la última opción para la protección de un bien jurídico, ya que éste afecta otros bienes jurídicos a fin de proteger otros de mayor valor social.

El bien jurídico siempre ha sido y será la valoración que se haga de las conductas necesarias para una vida pacífica, recogidas por el legislador en un determinado momento histórico social; a razón de que el bien jurídico en esencia no desaparece, sólo cambia en cuanto al ámbito de protección que lo sujeta.

El desarrollo de esta institución jurídica pasa por momentos totalmente distintos, ya que los mismos son producto de las necesidades propias del desarrollo de la sociedad; hay que tener en claro que estos no se originan al crear una norma, su existir es previo a la misma, este es, en un primer momento, el primer paso para la protección de un bien de suma importancia para el conjunto social, la selección de estas necesidades valoradas socialmente y luego positivadas sea en las páginas de una constitución o de algún convenio internacional, será el segundo paso de la construcción, para una vez terminado el escalafón de bienes a protegerse, determinar cuáles son verdaderamente materia de protección penal.

Esta selección es temporal, con ello no desaparece el bien objeto de protección jurídica, sólo será trasladado a otro mecanismo de protección menos severo y todo este proceso de selección y traslado sólo obedece a las necesidades sociales, las que



varían de acuerdo a la época y contexto social que se encuentre vigente al momento de analizarse.

Es por esto mismo que se hace de suma importancia tener en cuenta ahora más que nunca que somos testigos del vertiginoso desarrollo de la tecnología y de la informática; las cuales son de provecho para la humanidad; pero hay que tener en cuenta que dentro del conjunto social se encuentra comprendida también la criminalidad; la cual se encuentra incluso mejor adaptada a estos cambios que el resto de personas; es ahí donde radica la importancia del estudio de nuevas formas de criminalidad.

El derecho penal, solamente es admisible partiendo de la premisa de que se recurrirá a sus normas sólo cuando no existan sistemas punitivos menos lesivos y por tanto; debe ser efectivamente necesario, esta necesidad la determina la protección de bienes jurídico-penales.

Por ello se debe tener bien presente y analizar qué bienes jurídicos merecen la denominación de penales y son consiguientemente susceptibles de amparo por parte del derecho penal.

4.2. Concepto

A lo largo de la evolución de la disciplina se han ido distinguiendo diversos conceptos de lo que representa el bien jurídico tutelado, lo cual ha sido conceptualizado de diferentes maneras.



El autor Herns Jescheck define el bien jurídico tutelado, indicando que: “Constituye la base reconocida de la estructura de la interpretación de los tipos. Sin embargo, éste debe tener un sentido real propio cuyo contenido sea anterior a la norma y en base a los intereses vitales de la comunidad a los que el derecho penal otorga su protección.”³⁶

Los tipos penales existentes en el ordenamiento jurídico-penal, guatemalteco, son interpretados y apuntan a la protección de bienes, en este caso entendidos como bienes jurídicos de las personas; que constituyen la base primordial de la sociedad, que utilizan la protección de las normas jurídicas que conllevan el resguardo de valores inherentes a las personas.

Von Liszt, creador del concepto, citado por el autor Eduardo González Cahuapé-Casaux, señala que bien jurídico: “Es el interés jurídicamente protegido, e indica que todos los bienes jurídicos son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad, el bien jurídico protegido es el fundamento de la norma, la prohibición de una conducta y la imposición de una sanción, sólo se justifican en cuanto sirvan para proteger un bien jurídico, así por ejemplo la prohibición de la conducta de matar se justifica en la protección del bien jurídico vida o la intención de hurtar en la defensa del bien jurídico propiedad”.³⁷

En el Código Penal guatemalteco, existen varios bienes jurídicos protegidos por las normas, como son: La vida y la seguridad de las personas, el honor, la libertad y la

³⁶ Jescheck, Herns. **Tratado de derecho penal**. Pág. 223

³⁷ González, Eduardo. **Ob.cit.** Pág. 43



seguridad sexuales, el pudor, la libertad individual, la libertad de culto y los sentimientos religiosos, la violación y revelación de secretos, etc.

El bien jurídico lo define Manuel Ossorio como: “Concepto que presenta particular importancia en el ámbito del derecho penal, porque cada uno de los delitos se entiende que atenta contra el bien que la legislación protege: vida, propiedad, familia, honestidad, honor, seguridad nacional, administración política, etc. Pero en la doctrina, existen profundas diferencias acerca de cuál sea el bien jurídico protegido frente a la comisión de los delitos o de algunos de ellos. Fuera de su aspecto penalístico, se debe entender que es un bien jurídico el que se encuentra amparado dentro de todos los aspectos del derecho.”³⁸

Esto indica, que el bien jurídico, ha de entenderse como un valor abstracto y jurídicamente protegido del orden social, en cuyo mantenimiento la comunidad tiene un interés y que puede atribuirse, como titular, a la persona individual o a la colectividad.

De ahí que el delito de discriminación debe ser analizado desde la perspectiva del bien jurídico tutelado en el que se encuentra inmerso; para entender sus alcances y limitaciones en su aplicación cotidiana en el sistema de justicia.

El concepto dogmático de bien jurídico, acuñado por Birnbaum a mediados del siglo XIX, se refiere a los bienes que son efectivamente protegidos por el derecho. Esta concepción es demasiado abstracta y por ello no cumple con la función delimitadora del *ius puniendi* que se pretende revelar en el presente estudio.

³⁸ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 83



Según Von Liszt, y bajo una concepción material del bien jurídico, su origen reside en el interés de la vida existente antes del derecho y surgido de las relaciones sociales. El interés social no se convierte en bien jurídico hasta que no es protegido por el derecho.³⁹

El concepto político criminal del bien jurídico trata de distinguirlo de los valores morales; o sea, trata de plasmar la escisión entre moral y derecho, que si bien a veces pueden coincidir en determinados aspectos, no deben ser confundidas en ningún caso. Esta concepción del bien jurídico es obviamente fruto de un estado social y democrático de derecho y dada su vertiente social; requiere una ulterior concreción de la esfera de actuación del derecho penal a la hora de tutelar intereses difusos.

El derecho penal tiene su razón de ser en un estado social, porque es el sistema que garantiza la protección de la sociedad a través de la tutela de sus bienes jurídicos; en su calidad de intereses muy importantes para el sistema social y por ello protegibles por el derecho penal.

Hay bienes jurídicos que no son amparados por el derecho penal por ser intereses sólo morales y por ello no todos los bienes jurídicos son bienes jurídico-penales.

Un estado social y democrático de derecho debe amparar sólo las condiciones de la vida social; en la medida en que éstas perturben las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social. Por tanto, los bienes jurídicos serán jurídico-penales sólo si revisten una importancia fundamental; o sea, cuando las condiciones

³⁹ Von Liszt Frank. **Ob. Cit.**. Pág. 189



sociales a proteger sirvan de base a la posibilidad de participación de los individuos en la sociedad.

En un Estado democrático cabe destacar la importancia de la participación de los individuos de vivir en sociedad; confiando en el respeto de la propia esfera de libertad individual por parte de los demás.

Ante todo, es necesario que el bien jurídico a amparar revista la suficiente importancia social, determinada por la proporcionalidad directa respecto a la gravedad de las consecuencias del derecho penal; donde éste no debe ser visto, ni ser por tanto, un mero instrumento sancionador, ya que se exige que el bien jurídico merecedor de tutela jurídica penal sea fundamental para la vida social.

Hay criterios que sirven para determinar la importancia social del bien objeto a examen, como son su reconocimiento constitucional, aunque este criterio es limitado dado que, entre otras razones, el reconocimiento de los bienes y derechos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala está dirigido principalmente a controlar la actuación de los poderes públicos y no de los demás ciudadanos; a excepción de algunos derechos fundamentales.

Otro criterio útil para determinar el impacto social del bien que podría ser jurídico penal, se basa en la comparación con los bienes jurídico-penales que representan el núcleo del derecho penal, que suelen ser los que afectan al individuo. Como ya se ha mencionado anteriormente, los intereses colectivos son importantes en función del daño que causaría su lesión a los individuos y por tanto; en la medida que repercutan



a cada persona afectada en concreto. Es un signo distintivo de que se vive en un Estado democrático y no en un Estado autoritario, donde la importancia de los intereses colectivos residiría en el impacto que su lesión provocaría para el sistema social en su conjunto y no respecto a cada individuo.

Es requisito importante para determinar el grado de afectación del bien, concretar los daños y perjuicios y no mantenerse en la abstracción.

Otra característica esencial de los bienes jurídicos penales es la necesidad de protección de los mismos; o sea que, a través de otros medios de defensa que requirieran menos intervención y por tanto fueran menos lesivos no se logre amparar satisfactoriamente el bien. Pero, será que ¿es realmente necesario que los ataques sancionables produzcan resultados lesivos al bien jurídico penal o basta con el mero hecho de que lo pongan en peligro? Debido a las dudas razonables que quedan tras analizar el principio de exclusiva protección de bienes jurídico penales como límite del ius puniendi.

Debe reconocerse que en un Estado democrático de derecho también se recurrirá a los principios de humanidad, resocialización y proporcionalidad.

Cada uno de los tipos penales regulados en el Código Penal guatemalteco, tienen toda una serie de características que los diferencian de los demás; sin embargo, existe una serie de elementos comunes que los definen y a partir de los cuales se puede establecer clasificaciones entre los delitos; estos son: el bien jurídico protegido, el sujeto activo y la acción.

4.3. Importancia

El bien jurídico tutelado o protegido es de vital importancia para la constitución de las figuras delictivas; a tal extremo que no se puede concebir un delito que no pretenda la protección de un bien jurídico; todos los delitos tienen un interés jurídicamente protegido, es decir un objeto jurídico, lo que no ocurre en el objeto material, pues éste sólo existe en los delitos de resultado.

El bien jurídico protegido toma bajo su tutela el interés afectado. El Código Penal guatemalteco, en su parte especial, contiene las figuras jurídicas que están agrupadas, pues atienden al bien jurídico que protege la norma penal.

La discriminación en las legislaciones actuales se entiende en un sentido amplio, en la que se incluyen motivaciones por la etnia, religión, nacionalidad, sexo, orientación sexual, capacidades especiales, entre otras; lo que implica un reconocimiento tácito de los grupos socialmente marginados y del establecimiento de este delito como parte de los mecanismos para generar condiciones de igualdad; por lo que se debe tener presente que la discriminación es una respuesta estatal mediante el ejercicio del poder punitivo del Estado; para garantizar el cumplimiento de la igualdad, la dignidad y la libertad individual de facto y el efectivo ejercicio de los derechos de la población.

4.4. El bien jurídico protegido en los delitos informáticos

Dentro de los delitos informáticos, se puede decir que la tendencia es que la protección a los bienes jurídicos, se haga desde la perspectiva de los delitos



tradicionales, con una reinterpretación de los tipos penales ya existentes, para subsanar las lagunas originadas por los novedosos comportamientos delictivos.

El bien jurídico protegido en los delitos informáticos en general es la información, pero está considerada en diferentes formas, ya como valor económico, como valor intrínseco de la persona, por su fluidez y tráfico jurídico y finalmente por los sistemas que la procesan o automatizan; los mismos que se equiparan a los bienes jurídicos protegidos tradicionales, tales como: El patrimonio, en el caso de la amplia gama de fraudes informáticos y las manipulaciones de datos a que da lugar.

La reserva, la intimidad y confidencialidad de los datos, en el caso de las agresiones informáticas a la esfera de la intimidad en forma general, especialmente en el caso de los bancos de datos.

La seguridad o fiabilidad del tráfico jurídico, en el caso de falsificaciones de datos o documentos probatorios vía medios informáticos. El derecho de propiedad, en este caso sobre la información o sobre los elementos físicos, materiales de un sistema informático, que es afectado por los daños y el llamado terrorismo informático.

El bien jurídico protegido, acoge a la confidencialidad, integridad, disponibilidad de la información y de los sistemas informáticos donde ésta se almacena o transfiere; por lo que se puede decir que esta clase de delincuencia no sólo afecta a un bien jurídico determinado, sino que la multiplicidad de conductas que la componen afectan a una diversidad de ellos que ponen en relieve intereses colectivos.



4.5. Impacto de los delitos informáticos

A medida que se va ampliando la internet, asimismo va aumentando el uso indebido de la misma. Los denominados delincuentes cibernéticos se pasean a su aire por el mundo virtual, incurriendo en delitos tales como el acceso sin autorización o piratería informática, el fraude, el sabotaje informático, la trata de niños con fines pornográficos y el acecho.

Los delincuentes de la informática son tan diversos como sus delitos; puede tratarse de estudiantes, terroristas o figuras del crimen organizado. Estos delincuentes pueden pasar desapercibidos a través de las fronteras, ocultarse tras incontables enlaces o simplemente desvanecerse sin dejar ningún documento de rastro. Pueden despachar directamente las comunicaciones o esconder pruebas delictivas en paraísos informáticos; o sea, en países que carecen de leyes o experiencia para seguirles la pista.

La autora Yarina Amoroso Fernández, indica que: “Según datos recientes del servicio secreto de los Estados Unidos, se calcula que los consumidores pierden unos 500 millones de dólares al año debido a los piratas que les roban de las cuentas online sus números de tarjeta de crédito y de llamadas. Dichos números se pueden vender por jugosas sumas de dinero a falsificadores que utilizan programas especiales para codificarlos en bandas magnéticas de tarjetas bancarias y de crédito”.⁴⁰

⁴⁰ Amoroso Fernández, Yarina. **La informática como objeto de derecho**. Pág. 43



Otros delincuentes de la informática pueden sabotear las computadoras para ganar ventaja económica a sus competidores o amenazar con daños a los sistemas con el fin de cometer extorsión. Los malhechores manipulan los datos o las operaciones, ya sea directamente o mediante los llamados gusanos o virus, que pueden paralizar completamente los sistemas o borrar todos los datos del disco duro.

Algunos virus dirigidos contra computadoras elegidas al azar, que originalmente pasaron de una computadora a otra por medio de disquetes infectados; también se están propagando últimamente por las redes, con frecuencia camuflados en mensajes electrónicos o en programas descargados de la red.

Además de las incursiones por las páginas particulares de la red, los delincuentes pueden abrir sus propios sitios para estafar a los clientes o vender mercancías y servicios prohibidos, como armas, drogas, medicamentos sin receta ni regulación y pornografía.

La proliferación de los delitos informáticos ha hecho que las personas sean cada vez más escépticas a la utilización de tecnologías de la información; las cuales pueden ser de mucho beneficio para la sociedad en general.

Este hecho puede obstaculizar el desarrollo de nuevas formas de hacer negocios; por ejemplo el comercio electrónico puede verse afectado por la falta de apoyo de la sociedad en general. También se observa el grado de especialización técnica que adquieren los delincuentes para cometer este tipo de delitos; por lo que personas con conductas maliciosas cada vez más están ideando planes y proyectos para la



realización de actos delictivos, tanto a nivel empresarial como a nivel global. Asimismo, se advierte que las empresas que poseen activos informáticos importantes, son cada vez más celosas y exigentes en la contratación de personal para trabajar en estas áreas, pudiendo afectar en forma positiva o negativa a la sociedad laboral.

La falta de cultura informática puede impedir de parte de la sociedad la lucha contra los delitos informáticos; por lo que el componente educacional es un factor clave en la minimización de esta problemática.

4.6. Seguridad contra los delitos informáticos

Aunque los consumidores tienden a agrupar sus intereses juntos por debajo del término de la seguridad general; hay realmente varias partes de la seguridad que confunden. La seguridad significa guardar algo seguro: "Para guardar objetos seguros, es necesaria la autenticación, es decir la prevención de suplantaciones, que se garantice que quien firma un mensaje es realmente quien dice ser. La autorización es decir el permiso a una persona o grupo de personas de poder realizar ciertas funciones. La privacidad o confidencialidad, es el más obvio de los aspectos y se refiere a que la información sólo puede ser conocida por individuos autorizados. Existen infinidad de posibles ataques contra la privacidad, especialmente en la comunicación de los datos. La integridad de datos, la integridad se refiere a la seguridad de que una información no ha sido alterada, borrada, reordenada o copiada, bien durante el proceso de transmisión o en su propio equipo de origen. La disponibilidad de la información, se refiere a la seguridad que la información pueda ser recuperada en el momento que se necesite, esto es, evitar su pérdida o bloqueo, bien



sea por ataque doloso, mala operación accidental o situaciones fortuitas o de fuerza mayor. Controles de acceso, esto es quien tiene autorización y quien no para acceder a una pieza de información determinada”.⁴¹

La importancia de lo que se está asegurando y el riesgo potencial, involucra dejar uno de estos requerimientos o tener que forzar niveles más altos de seguridad; por lo que la comprensión de los elementos de seguridad y cómo ellos trabajan en el mundo físico, puede ayudar para explicar cómo estos requerimientos se encuentran en el mundo de la red y dónde se sitúan las dificultades.

Existen numerosas técnicas para proteger la integridad de los sistemas. Lo primero que se debe hacer es diseñar una política de seguridad.

En ella, definir quiénes tienen acceso a las diferentes partes de la red, poner protecciones con contraseñas adecuadas a todas las cuentas y preocuparse de hacerlas cambiar periódicamente.

Existen muchas y muy potentes herramientas de cara a la seguridad de una red informática. Una de las maneras drásticas de no tener invasores es la de poner murallas; siendo los mecanismos más usados para la protección de la red interna de otras externas los filtros o cortafuegos.

La lista de filtros se aplican secuencialmente, de forma que la primera regla que el paquete cumpla será marcar la acción a realizar para descartarla o dejarla pasar;

⁴¹ **Ibid.** Pág. 49



debido a que la aplicación de las listas de filtros se puede hacer en el momento de entrada del paquete o bien en el de salida o en ambos.

De igual manera, el cifrado con clave pública permite generar firmas digitales que hacen posible certificar la procedencia de un mensaje; en otras palabras, asegurar que proviene de quien dice, de esta forma se puede evitar que alguien suplante a un usuario y envíe mensajes falsos a otro usuario, por la imposibilidad de falsificar la firma.

La firma digital garantiza la integridad del mensaje, es decir, que no ha sido alterado durante la transmisión, se puede aplicar a un mensaje completo o puede ser algo añadido al mensaje; las firmas son especialmente útiles cuando la información debe atravesar redes sobre las que no se tiene control directo y, en consecuencia, no existe posibilidad de verificar de otra forma la procedencia de los mensajes.

Existen varios métodos para hacer uso de la firma digital, uno de ellos es el siguiente: quien envía el mensaje lo codifica con su clave privada. Para descifrarlo, sólo puede hacerse con la clave pública correspondiente a dicha persona o institución. Si efectivamente con dicha clave se descifra es señal de que quien dice que envió el mensaje, realmente lo hizo.

Para finalizar este análisis, se puede decir entonces que el objeto o bien jurídico, es el bien lesionado o puesto en peligro por la conducta del sujeto activo; por lo cual dentro de los delitos informáticos la tendencia es la protección a los bienes jurídicos, desde la perspectiva de los delitos tradicionales con una reinterpretación teleológica de los tipos



penales ya existentes; para subsanar las lagunas originadas por los novedosos comportamientos delictivos, teniendo en cuenta que la emergente sociedad de la información hace totalmente necesaria la incorporación de valores inmateriales de la información como bien jurídico de protección, valorando la diferencia entre la propiedad tangible e intangible.

En fin, la protección de la información como bien jurídico protegido, debe tener siempre en cuenta el principio de la necesidad de la protección de los bienes jurídicos, que señala la penalización de conductas que se desenvuelven en el marco del principio de dañosidad o lesividad.

Por lo tanto, el bien jurídico protegido es en todo caso la confidencialidad, integridad, disponibilidad de la información y de los sistemas informáticos donde ésta se almacena o transfiere.





CONCLUSIONES

1. La práctica del delito informático, se caracteriza por ser de una delincuencia especializada, cuyo descubrimiento y seguimiento se dificulta por la capacidad de estos para ocultar y borrar las huellas del delito.
2. El bien jurídico tutelado en los delitos informáticos, conlleva la protección del Estado de proteger no sólo programas sino archivos propiedad de una persona determinada, que le son útiles en sus actividades, por lo que la intromisión ilegal, es sancionada como una modalidad de figura delictiva.
3. Los delitos informáticos en Guatemala, son poco perseguibles tomando en cuenta que para la investigación, se requiere de un experto en informática, lo que representa un costo elevado para el Ministerio Público.
4. La integridad de los datos informáticos, permite reproducir en cualquier momento una información fidedigna; sin embargo, la falta de seguridad tecnológica, permite que expertos informáticos, puedan alterar, borrar, reordenar o copiar dicha información, en perjuicio del titular de la misma.
5. Con la piratería informática se pueden sabotear las computadoras para ganar ventaja económica sobre los competidores o amenazar con daños a los sistemas; con el fin de cometer ilícitos mayores como lo es la extorsión.





RECOMENDACIONES

1. El Organismo Legislativo, debe introducir reformas al Código Penal que incluyan todas las formas de cometer delitos informáticos que se cometen en la actualidad; lo que permitirá sancionar severamente a los delincuentes que a través del uso de sus conocimientos, dañan a terceros en su patrimonio.
2. Es necesario que El Ministerio Público capacite a sus empleados y funcionarios, con la finalidad de que adquieran conocimientos teóricos y prácticos en materia de delitos informáticos; para desarrollar efectivamente su labor.
3. Que La Escuela de Estudios Judiciales del Organismo Judicial, imparta cursos, seminarios y capacitaciones constantes a los operadores de justicia en materia penal; para fortalecer los conocimientos teóricos y prácticos principalmente en materia de delitos informáticos.
4. Las universidades que cuentan con facultad de derecho, deben de promover jornadas académicas para sus estudiantes, principalmente invitando a conferencistas nacionales y extranjeros en materia informática; para que los alumnos conozcan las tendencias modernas y la aplicación práctica de los delitos informáticos.



5. Es necesario que El Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, cree una asociación de peritos en informática, para que dichas personas puedan intervenir a propuesta de las víctimas de delitos informáticos y fortalecer la investigación en dicha materia.



BIBLIOGRAFÍA

- AMOROSO FERNÁNDEZ, Yanira. **La informática como objeto de derecho**. La Habana, Cuba: (s.e.), 1990.
- ARANGO, Julio. **Derecho procesal penal**. Guatemala: Ed. Estudiantil, 2004.
- BECCARIA, César. **De los delitos y de las penas**. Madrid, España: Ed. Aguilar, 1982.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal español**. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1997
- CARRARA, Francesco. **Derecho penal**. México: Ed. Mexicana, 1997.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal, parte general**. Barcelona, España: Ed. Bosh, 1996.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Crockmen, 2002.
- FERRI, Enrico. **Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal**. Madrid, España: Ed. Góngora, 1987.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal**. Buenos Aires. Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1975.
- GARCÍA MOLINA, Pablo. **Informática y derecho penal en implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información**. España: Ed. Aguilar, 2006.
- GONZÁLEZ CAUHAPÉ, Casaux Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Fundación Mirna Mack. 2003
- JÁUREGUI, Hugo Roberto. **Apuntes de teoría del delito**. Guatemala: Ed. Ingrafic, 2003.
- JESCHECK, HERN. **Tratado de derecho penal**. Argentina: Ed. Ediar, 2003.



LEAL DE IBARRA, Francisco. **Estudios de derecho penal**. España: Ed. Bosh, 2003.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2000.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires, Argentina: Ed. TEA, 1986.

TELLEZ VALDEZ, Julio. **Derecho informático**. México: Ed. Revista Mexicana de Derecho, 2004.

VALDÉS LOBÁN, Eurípides. **Legitimidad**. Cuba: Ed. Unión Nacional de Escritores y Artistas de Cuba, 1995.

VON LISZT, Frank. **Tratado de derecho penal**. Madrid, España: Ed. Reus, 1999

VON BELING, Ernest. **La enseñanza del derecho penal**. Argentina: Ed. El Foro, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio. **La pena**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabí, 1999.

Legislación:

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

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

Ley de Derechos de Autor y Leyes Conexas. Decreto número 33-98, Congreso de la República de Guatemala, 1998.