

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure, likely a saint or scholar, seated and holding a book. The figure is surrounded by architectural elements like columns and arches. The Latin motto "CAETERIS SIGIS ORBIS COMPARANDA" is inscribed around the top inner edge, and "SIS INTER UNIVERSITATES AMERICANA" is at the bottom. The text "UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA" is also visible around the perimeter.

**CREAR EL TIPO PENAL DE DELITOS CIBERNÉTICOS PARA LA PERSECUCIÓN
DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS**

SANDRA ELIZABETH ORTÍZ BOR

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2016

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

**CREAR EL TIPO PENAL DE DELITOS CIBERNÉTICOS PARA LA PERSECUCIÓN
DE 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

SANDRA ELIZABETH ORTÍZ BOR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, noviembre de 2016

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

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

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).



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 05 de noviembre de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional, JUAN RODOLFO MÉNDEZ GIRÓN
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
SANDRA ELIZABETH ORTÍZ BOR, con carné 9117097,
 intitulado CREAR EL TIPO PENAL DE DELITOS CIBERNÉTICOS PARA LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS
INFORMÁTICOS.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del
 bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título
 de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de
 concluida la investigación, en este debe hacer constar 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, la conclusión discursiva, y la
 bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará
 que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime
 pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 14 / 03 / 16

f)

Lic. Juan Rodolfo Méndez Girón
Abogado y Notario
 Colegiado 6707

Asesor(a)
 (Firma y Sello)





Lic. Juan Rodolfo Méndez Girón

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 04 de abril de 2016

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



Doctor Mejía Orellana:

En atención a la providencia de esa coordinación, fui nombrado Asesor de Tesis de la Bachiller: **SANDRA ELIZABETH ORTÍZ BOR**, quien elaboró el trabajo de tesis titulado: **“CREAR EL TIPO PENAL DE DELITOS CIBERNÉTICOS PARA LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS”**; mismo que no fue modificado de acuerdo a mis facultades como Asesor.

- I. **DEL CONTENIDO CIENTÍFICO Y TÉCNICO.** Es para que se cumpla a cabalidad el bien común y evitar malos manejos de los medios electrónicos que son de gran importancia dentro de una sociedad globalizada, y de esta forma darle el uso respectivo a los medios electrónicos.
- II. **DE LA METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN UTILIZADAS.** En el presente trabajo permitió emplear métodos adecuados al tema, tales como el método deductivo se aplicó mediante la comparación entre lo que establece el Código Penal y la Constitución Política de la República de Guatemala y los bienes jurídicos tutelados en la misma. El método analítico permitió analizar el contenido del Código Penal relativo a los delitos informáticos y la falta de regulación específica de los mismos. Mediante el método de síntesis, se determinó la necesidad de incluir tipos penales acorde a la realidad y al avance que ha tenido los sistemas informáticos de esta manera evitar el mal uso de la tecnología y la informática
- III. **DE LA CONTRIBUCIÓN CIENTÍFICA.** Al analizar la normativa sobre los delitos informáticos, contenida en el Código Penal, establece los motivos por los cuales la ley vigente sobre delitos informáticos, ya no es adecuada para la persecución de este tipo de delitos, debido al avance de los sistemas informáticos.
- IV. **DE LA CONCLUSIÓN DISCURSIVA.** En relación a las conclusiones más importantes radican porque Guatemala, no cuenta con tipos penales concretos para la persecución de los delitos informáticos, lo cual da lugar a que los usuarios carezcan de protección, se destruyan o



dañen los ordenadores, medios electrónicos, se use de manera indebida información, aprovechando el avance de la tecnología y el internet. Así como tampoco, Guatemala se ha preocupado por reformar el Código Penal, para incluir tipos penales que vayan acorde al avance que han tenido los sistemas informáticos, lo cual facilita la comisión de delitos, que al final no puede tipificarlos el juez por no existir la norma jurídico penal aplicable al caso concreto.

Del análisis anterior, considero que el trabajo presentado por la estudiante: **SANDRA ELIZABETH ORTÍZ BOR**, será de mucha importancia para las personas en general y especialmente para los estudiosos del derecho, pues en el encontrarán una valiosa fuente de información, y que por tal razón, sin lugar a dudas, dicho trabajo de investigación a mi juicio, reúne satisfactoriamente los requisitos de forma y fondo exigidos en los artículos 27 y 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual **APRUEBO** el presente trabajo de investigación y emito **DICTAMEN FAVORABLE**.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para expresarle las muestras de mi consideración y respeto, no sin antes declarar que no soy pariente dentro de los grados de ley del ponente de la presente investigación.

Atentamente;




LIC. JUAN RODOLFO MÉNDEZ GIRÓN
Colegiado número 6707
Asesor de Tesis



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 26 de agosto de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante SANDRA ELIZABETH ORTÍZ BOR, titulado CREAR EL TIPO PENAL DE DELITOS CIBERNÉTICOS PARA LA PERSECUCIÓN DE 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.

RFOM/srrs.





DEDICATORIA

A DIOS: Hay algo que traigo a la memoria y me da esperanza, el amor del Señor no se acaba, ni se agota su compasión, cada mañana se renueva, gracias por no soltar mi mano.

A MIS PADRES: Carlos Enrique Ortiz y María Magdalena Bor Culajay de Ortiz, inmensa gratitud por todo el amor que me han brindado, por todos sus esfuerzos, por enseñarme con el ejemplo y por estar a mí lado día a día.

A MI HERMANA: Gloria del Carmen Ortiz Bor, gracias, por ser parte de mi vida y un gran ejemplo a seguir.

A MI HIJO: Carlos Roberto Ruano Ortiz, con todo el amor del mundo, gracias por tu apoyo y comprensión.

A MI ESPOSO: Desde el cielo, sé que estarás satisfecho, porque puedo ver alcanzado mi sueño.

A MI FAMILIA: En especial a mis sobrinos María Alejandra y Daniel Alejandro, a mi tía María Antonieta, a mis primos Erick Armando, Mildred Jeannette, Elvia Antonieta y Oscar Orlando.

A MI MAESTRO: Licenciado Augusto Abelino Fuentes Vásquez, por compartir sus conocimientos y sabios consejos.

A MIS AMIGOS: Licenciada Mayra Lucrecia González Vásquez, Licenciado Abel Isauro Hércules García y Licenciado Juan Rodolfo Méndez Girón, por más de veinticinco años de amistad, basada en el respeto, gracias por su apoyo incondicional.

A LA FAMILIA: De los Señores Rolando Antonio Gatica Paredes y María Mercedes Montoya García de Gatica, por ser ángeles en mi vida, por su confianza y cariño, mil gracias.

A LA FAMILIA: De los Ingenieros Mario Roberto García Meléndez y Claudia María Baidés Montoya de García, por todo su apoyo, confianza, consejos y cariño, mil gracias.

A: La Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala, por abrirme sus puertas y permitir lograr uno de mis anhelos, convertirme en una profesional del derecho.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por permitirme adquirir conocimientos, de profesionales por vocación, quienes nos brindan una excelencia académica.



PRESENTACIÓN

Este informe contiene un análisis relacionado a la necesidad de crear el tipo penal para la persecución de delitos informáticos, en virtud de que el Código Penal ya no está acorde a los avances de la tecnología.

La investigación pertenece a la rama del derecho penal; asimismo el ámbito geográfico al que pertenece la investigación es el Departamento y Municipio de Guatemala, pues es donde se concentra el qué hacer de las personas y dando lugar a la comisión de hechos delictivos valiéndose de los sistemas informáticos; el período que comprende la investigación es entre los años 2014 y 2015, porque es donde se han realizado anomalías y mala utilización de los medios tecnológicos.

El sujeto de estudio son todas las personas individuales y jurídicas que utilizan la Internet y demás medios informáticos; el objeto de la investigación es porque se necesita una reforma al Código Penal para crear tipos penales que den lugar a persecución penal a conductas ilícitas cuando se utiliza la informática y otros medios electrónicos y con ello se dé la protección a la persona y velar por el bien común.

El aporte científico de la presente investigación es para que se cumpla a cabalidad el bien común y evitar malos manejos de los medios electrónicos que son de gran importancia dentro de una sociedad globalizada, y de esta forma darle el uso respectivo a los medios electrónicos.



HIPÓTESIS

La variable dependiente de la hipótesis es la necesidad de crear la normativa específica que incluya tipos penales acordes a los avances de los sistemas informáticos. Las variables independientes de la hipótesis son las siguientes: la primera, la consecuencia de no existir actualmente una legislación específica aplicable a los delitos cibernéticos; la segunda, es que las personas individuales o jurídicas, han sido víctimas de este tipo de delitos, los cuales al no estar regulados, no son susceptibles de persecución penal.

El tipo de hipótesis utilizado en la presente investigación fue la correlacional (aquí la variable aumenta) puesto que al no existir una norma jurídica que incluya tipos penales acordes a los avances de la informática y al uso de la tecnología, da lugar a cometer ilícitos valiéndose de estos instrumentos de trabajo, lo cual ocasiona un perjuicio para el sujeto pasivo (aquí la variable disminuye).



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Luego del análisis en relación a la falta de regulación de tipos penales para la persecución de delitos informáticos, se comprobó la hipótesis pues dentro de los métodos utilizados se pueden encontrar los siguientes: el método de análisis, que consistió en la interpretación de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Código Penal, así como también de la doctrina. Una vez interpretada la norma jurídica, se utilizó el método de síntesis, a efecto de obtener y de estudiar las conductas ilícitas que se cometen con el uso de la tecnología y así arribar a las conclusiones del presente trabajo de investigación.

Dentro de las técnicas utilizadas para la comprobación de la hipótesis se pueden mencionar las siguientes: investigación documental, la cual se utilizó a efecto de determinar que no existe regulación de tipos penales acorde a la realidad y el avance de la informática, lo que permite que las personas sean vulnerables en la utilización de computadoras y otros medios electrónicos.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El derecho penal.....	1
1.1. Definición del derecho penal.....	3
1.2. Características del derecho penal.....	5
1.2.1 Normativo.....	5
1.2.2 Valorativo.....	6
1.2.3 Finalista.....	6
1.2.4 Función de garantía.....	7
1.3. Principios que inspiran el derecho penal.....	7
1.3.1 Principio de legalidad.....	8
1.3.2 Principio de retroactividad de la ley.....	10
1.3.3 Principio de culpabilidad.....	10
1.3.4 Principio de intervención mínima.....	11
1.3.5 Principio de exclusiva protección a bienes jurídicos tutelados.....	12
1.3.6 Principio de lesividad.....	12

CAPÍTULO II

2. El delito.....	13
2.1. Definición del delito.....	14
2.2. Naturaleza jurídica.....	15
2.3. Sujetos del delito.....	16
2.4. Teoría general del delito.....	16
2.4.1 Acción o conducta humana.....	17



	Pág.
2.4.2 Tipicidad.....	21
2.4.3 Antijuridicidad.....	23
2.4.4 Culpabilidad.....	26
2.4.5 Imputabilidad.....	31
2.4.6 Punibilidad.....	33

CAPÍTULO III

3. Delitos informáticos.....	35
3.1. Relación del derecho penal con la informática.....	35
3.2. Antecedentes.....	36
3.3. Definición de delito informático.....	39
3.4. Otros criterios para definir los delitos informáticos.....	39
3.5. Características de los delitos informáticos.....	41
3.6. Sujetos activos y pasivos de los delitos informáticos.....	43
3.7. Elementos esenciales del tipo penal.....	45
3.8. Modalidades de delitos informáticos.....	46

CAPÍTULO IV

4. Crear el tipo penal de delitos cibernéticos para la persecución de los delitos informáticos	49
4.1. Bienes jurídicos tutelados.....	49
4.2. Delitos y perfiles del sujeto pasivo del delito informático.....	52
4.3. Regulación de algunos delitos informáticos en el Código Penal.....	54
4.4. Delitos informáticos contra la privacidad de las personas.....	57
4.4.1 Cyberstalking (acoso cibernético).....	58
4.4.2 Cybercasing (ciber-seguimiento).....	58
4.4.3 Ataques de preparación.....	59
4.4.4 Perfilamiento económico.....	59



Pág.

4.4.5 Espionaje.....	59
4.4.6 Cybervetting (investigación de antecedentes en línea).....	60
4.4.7 Cyberframing.....	60
4.5. Fases de ejecución de los delitos.....	61

CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	63
-----------------------------------	-----------

ANEXO.....	65
-------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA.....	73
--------------------------	-----------



INTRODUCCIÓN

En la actualidad es evidente la falta de regulación que existe en Guatemala para la persecución de los delitos informáticos, de acuerdo a la actualidad mundial, dando lugar a que los sistemas informáticos sean violentados por el personal técnico que hace uso del mismo y/o terceras personas no autorizadas, el Código Penal únicamente hace referencia a algunos tipos penales relacionados a la materia, sin embargo, estos no son suficientes ni acordes a la realidad actual, dada la evolución que ha tenido la informática.

El objetivo general fue determinar la creación del tipo penal de delitos cibernéticos para la persecución de los delitos informáticos. Los objetivos específicos fueron: analizar la normativa sobre los delitos informáticos, contenida en el Código Penal; establecer los motivos por los cuales la ley vigente sobre delitos informáticos, ya no es adecuada para la persecución de este tipo de delitos, debido al avance de los sistemas informáticos; derogar los Artículos del doscientos setenta y cuatro "A" al doscientos setenta y cuatro "G" del Capítulo VII, del Código Penal.

En la hipótesis se menciona que la consecuencia de no existir una legislación específica aplicable a los delitos cibernéticos, ha permitido que muchas personas, individuales o jurídicas, hayan sido víctimas de este tipo de delitos, los cuales al no estar regulados, no son susceptibles de persecución penal. Por esta razón es necesario crear la normativa específica que incluya aquellos tipos que en la actualidad



el mismo avance de los sistemas informáticos ha permitido determinar, con el objeto de perseguir los delitos informáticos.

Esta investigación consta de cuatro capítulos: en el primero, se hace referencia al derecho penal de manera general; en el segundo, se estudia el delito y la teoría general del delito; en el tercero, se hace referencia al delito informático; y en el cuarto, lo relativo a la creación de tipos penales para la persecución de delitos informáticos, así como una propuesta de reforma al Código Penal.

El método deductivo se aplicó mediante la comparación entre lo que establece el Código Penal y la Constitución Política de la República de Guatemala y los bienes jurídicos tutelados en la misma. El método analítico permitió analizar el contenido del Código Penal relativo a los delitos informáticos y la falta de regulación específica de los mismos. Mediante el método de síntesis, se determinó la necesidad de incluir tipos penales acorde a la realidad y al avance que han tenido los sistemas informáticos.

El presente estudio está fundado en el parámetro de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Código Penal en cuanto a la necesidad que la nueva normativa contemple, tipos penales de acuerdo con el avance de la informática y las penas aplicables castigando a los responsables de la comisión de delitos ya sean personas individuales, personas jurídicas, personal técnico y/o terceras personas no autorizadas, con el objeto de tutelar los sistemas informáticos, y que cuando los mismos sean violentados, exista la norma específica y de esta manera cumplir el mandato constitucional de velar por el bien común y la protección a la persona.

CAPÍTULO I

1. El derecho penal

El derecho penal es una disciplina que a lo largo de la historia ha tenido diversas denominaciones, sin entrar en este detalle, se tratará de establecer en el presente capítulo cuál es la finalidad del derecho penal, su contenido, sus principios y características. En este orden de ideas, afirma el profesor Héctor Aníbal de León Velasco que el derecho penal tiene como misión: "...proteger valores fundamentales del hombre tales como su patrimonio, su dignidad, su libertad y su vida como presupuesto indispensable para gozar y disfrutar de todos los demás..."¹

El autor antes citado hace referencia a los valores axiológicos contenidos en el Preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala, tales como: la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el bien común. Esto es así porque el constituyente ha positivizado los valores antes mencionados porque el ser humano necesita convivir con sus semejantes y esto significa que tengan una vida pacífica, este es el espíritu de la Constitución Política de la República de Guatemala, hacer cumplir estos valores jurídicos y lo que es más importante, velar por que se cumpla el bien común y la protección a la persona humana.

¹ De León Velasco Héctor Aníbal, y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco.** Pág. 3.

En la antigüedad el derecho penal tenía un sentido, el de ser únicamente sancionador, pues cualquier conducta en contra de la sociedad era considerada un delito, pues en otras épocas la iglesia tenía el uso del ius imperium, hasta que aparece Cesare Beccaria con su obras denominada de los delitos y de las penas, con la cual se pretende humanizar las penas para que estas se aplicaran en relación al daño causado, como afirma el profesor Velasco: “un derecho penal moderno debe tener como objeto la mejor conformación social posible. Esto es que tiende a impedir la comisión de delitos y practicar la prevención sintetizando la existencia de un Estado de Derecho con las del estado social.”²

No se comparte la opinión del citado autor en virtud de que, si bien es cierto el derecho penal tiende a la conformación social, esto es readaptar al delincuente a la sociedad, también hay que ser claros en que hay personas que nunca se van a reformar, por esta razón, como una opinión personal, se considera que el derecho penal debe seguir siendo eminentemente sancionador, pues esta es su esencia, esta rama del derecho no debe desvirtuarse pretendiendo darle otro sentido al que los penalistas de la antigüedad quisieron darle.

Para concluir con este apartado, se puede decir entonces que el derecho penal consiste simple y sencillamente en el estudio de los actos que la ley amenaza con la imposición de una pena.

² **Ibíd.** Pág. 3

1.1. Definición del derecho penal

Tradicionalmente al derecho penal se le ha definido desde dos puntos de vista: desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo, sin embargo cada tratadista tiene su criterio propio en relación al tema, en este orden de ideas, el tratadista Guillermo Cabanellas define al derecho penal de la siguiente manera: “también suele ser denominado derecho criminal, utilizando, la designación primera es preferible, pues se refiere más exactamente a la potestad de penar, mientras que derecho al crimen no es reconocible, aunque el objetivo expresa en verdad derecho sobre el crimen, como infracción o conducta punible.”³

Por su parte el tratadista Carlos Fontan Balestra afirma que: “El derecho penal subjetivo, en su sentido más amplio, es la facultad que el Estado tiene de definir los delitos y fijar y ejecutar las penas o medidas de seguridad: es el llamado ius puniendi. Es facultad, porque el Estado, y sólo él, por medio de sus órganos legislativos, tienen autoridad para dictar leyes penales; pero es también deber, porque es garantía indispensable en los Estados de Derecho, la determinación de las figuras delictivas y su amenaza de pena con anterioridad a toda intervención estatal de tipo represivo.”⁴

³ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 122

⁴ Fontan Balestra, Carlos. **Derecho penal**. Pág. 15

Se comparte por completo la opinión del tratadista antes mencionado porque no hay duda, es el Estado el único ente soberano que tiene la potestad de implementar leyes y hacer que se cumplan, en otras palabras el ius puniendi es simplemente la facultad de castigar que tiene el Estado.

Asimismo el tratadista en mención también afirma que: “Ese conjunto de normas legales que asocian al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia, constituye el derecho penal objetivo. El derecho penal objetivo es el régimen jurídico mediante el cual el Estado sistematiza, limita y precisa su facultad punitiva, cumpliendo de ese modo con la función de garantía que, juntamente con la tutela de bienes jurídicos, constituyen el fin del derecho penal.”⁵

Sencillamente el autor citado hace referencia a lo que se conoce como el poder punitivo, que no es más que límite a la facultad de castigar que tiene el Estado, por esta razón es que debe tenerse en cuenta el régimen jurídico aplicable cuando las conductas de las personas encuadren dentro de los tipos penales consagrados en la legislación.

Después de haber analizado las definiciones de los autores citados es momento de aportar una propia, pues casi todos los autores coinciden que el derecho penal tiene por finalidad castigar con una pena una conducta prohibida, de esta manera

⁵ *Ibíd.* Pág. 16

el derecho penal se considera como una rama del derecho público, que consiste en el conjunto de principios, teorías, doctrinas, instituciones y normas jurídicas que regulan los delitos, las penas, las medidas de seguridad, los sustitutivos penales, la responsabilidad penal y responsabilidad civil.

1.2. Características del derecho penal

Se dice que una característica es lo que diferencia a una institución de otra, existen diversidad de criterios en la doctrina en cuanto a las características del derecho penal, sin embargo se explicarán a continuación las que se consideran más importantes:

1.2.1. Normativo

Afirma Fontan Balestra que: “Si bien la palabra noma es empleada frecuentemente para referirse a las disposiciones legales, sin que ello cree problemas, en el orden penal es preciso advertir que, a partir de BINDING, se hace una distinción entre norma y ley, que cualquiera sea la importancia que se le quiera dar, no puede dejar de conocerse, y considerarse al tratar algunos temas en particular, tales como la definición del delito y la tipicidad.”⁶ Esto quiere decir que el derecho penal se compone de diversidad de normas jurídicas, (los penalistas les llaman jurídico-

⁶ *Ibíd.* Pág. 23

penales), en donde se indica el deber ser, en otras palabras, se hace referencia a los supuestos jurídicos contenidos en los tipos penales y que generalmente van acompañados con una sanción.

1.2.2. Valorativo

Esta característica se refiere a que el derecho penal es un conjunto de valores, ante los cuales se debe regir la conducta humana, es decir que el derecho penal valora la conducta humana, pues de aquí es donde se derivan los tipos penales para encuadrar esas conductas, esto es así porque debe existir proporcionalidad entre la conducta humana y la infracción a la norma penal, de ahí deviene la protección que el Estado debe garantizarle a la persona humana.

1.2.3. Finalista

Esta característica se refiere a que el derecho penal debe tener un fin, que los penalistas modernos afirman que es la rehabilitación del delincuente, aspecto que no se comparte bajo ningún punto de vista porque si así fuera el derecho penal pierde su esencia, por lo cual se considera que la única finalidad del derecho penal debe ser sancionar las conductas prohibidas en la ley penal y nada más, pues es la única manera de frenar el índice delincencial que acaece hoy en día.



1.2.4. Función de garantía

Debe inspirar la ley penal un criterio definido de autolimitación de la potestad punitiva del Estado, que asegure el respeto por las garantías individuales, esto significa en otras palabras, que el derecho penal debe velar por la protección de esos valores axiológicos que están consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala.

1.3. Principios que inspiran el derecho penal

Se dice que un principio es un lineamiento doctrinario que sirve de guía para la creación, aplicación e interpretación de normas jurídicas, es decir que generalmente son líneas directrices que se deben de seguir en una rama del derecho para buscar la verdadera finalidad que la misma inspira. Desde este punto de vista se explicarán los principios que limitan el ius puniendi siendo estos: el principio de legalidad, el principio de lesividad, el principio de exclusiva protección a bienes jurídicos tutelados, el principio de culpabilidad, retroactividad de la ley e intervención mínima.



1.3.1. Principio de legalidad

Generalmente este principio del derecho penal se refiere a que todas las conductas de las personas deben estar reguladas en una norma jurídica que la prohíba para que pueda ser sancionada, siempre y cuando se infrinja dicha disposición. Este principio consta de seis garantías que son: garantía criminal, garantía procesal, garantía judicial, garantía penal, garantía de ejecución y garantía de medida de seguridad.

La garantía criminal, hace referencia a que la conducta debe estar señalada previamente en la ley para poder ser considerada como delito, se da por razones de política criminal, garantía que se encuentra regulada en el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, Artículo 1 del Código Penal y en el Artículo 2 del Código Procesal Penal.

Por su parte la garantía procesal hace referencia a que nadie puede ser sometido a un juicio penal sino a través del proceso establecido anteriormente por la ley, con ello se garantiza el debido proceso, la cual se encuentra regulado en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 8 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Artículo 7 del Código Procesal Penal.



En cuanto a la garantía judicial, se hace referencia a que nadie puede ser juzgado por un juez o tribunal ad hoc, es decir por un tribunal establecido para un caso en particular, sino que a contrario sensu, por uno preestablecido o natural, dicha garantía se encuentra regulada en el Artículo 12, último párrafo de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por su parte también se encuentra la garantía penal, la cual hace referencia a que no se podrán imponer otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley penal para cada delito, esta garantía es de gran importancia porque la misma indica que deben ser las penas proporcionales a cada delito cometido.

La garantía de ejecución hace referencia a que se debe extinguir la pena en los lugares y formas determinados por la ley, garantía que protege básicamente a las personas que ya se les ha dictado sentencia condenatoria, misma que se encuentra regulada en el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala y en la Ley del Régimen Penitenciario.

Y por último, se encuentra la garantía de medida de seguridad, la cual hace referencia a que solo se pueden establecer medidas de seguridad que estén expresamente establecidas en la ley, se encuentra regulada en el Artículo 84 del Código Penal.



1.3.2. Principio de retroactividad de la ley

Afirma el profesor De León Velasco que: “la retroactividad consiste en aplicar una ley vigente con efecto hacia el pasado, a pesar de que se haya cometido el hecho bajo el imperio de una ley distinta y ya se haya dictado sentencia.”⁷

Significa entonces que el espíritu de la norma penal es que las leyes se apliquen únicamente en el momento en que estaba vigente la norma, pero si le favorece al reo, pues este principio de in dubio pro reo está consagrado precisamente para garantizar que no se les vulneren sus derechos constitucionales a las personas. En consecuencia, hay retroactividad cuando se aplica una ley vigente a un hecho cometido en la vigencia de una ley que ya ha sido derogada.

1.3.3. Principio de culpabilidad

Se garantiza que las penas señaladas en la ley penal, únicamente serán impuestas a las personas a las que se consideren responsables de la comisión de los hechos delictivos; y que las mismas no serán transmisibles a terceras personas, es uno de los postulados que dejó Cesare Beccaria, que las penas no transcurran más allá de la persona del delincuente, caso contrario sucede con la responsabilidad civil, que la misma sí puede heredar. Este principio se encuentra

⁷ De León Velasco. *Ob. Cit.* Pág. 99



regulado tácitamente en el Artículo 13 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

1.3.4. Principio de intervención mínima

Este principio es una derivación del carácter público del derecho penal, pues como se dijo antes solamente el Estado es el titular del poder punitivo, así lo afirma Eugenio Zaffaroni: “El estado no tiene derecho a incriminar ni a penar, sino que tiene el deber de hacerlo, porque es un deber que surge de su función misma, es decir, de la propia razón de su existencia. El Estado existe porque es necesario para posibilitar la coexistencia y, por ende, para esta función le resulta imprescindible incriminar y penar, porque de otro modo no puede tutelar adecuadamente ciertos bienes jurídicos contra ciertos ataques...”⁸

Este principio se encuentra tácitamente regulado en el Artículo 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en virtud de que toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe. Significa entonces que el Estado debe establecer únicamente como delitos, las conductas que pongan en peligro la paz social y el orden jurídico; con el fin de garantizarles a las personas la mayor libertad posible. Este es el verdadero espíritu consagrado por el constituyente al haber positivizado dicho principio dentro de la norma citada.

⁸ Zaffaroni, Raúl Eugenio. **Tratado de derecho penal**. Pág. 33

1.3.5. Principio de exclusiva protección a bienes jurídicos tutelados

Este principio establece que el Estado debe tipificar como delitos únicamente aquellas conductas que impliquen peligro de lesión a los valores máximos que la sociedad considera que el Estado debe de tutelar, siendo estos la vida, la libertad, la seguridad jurídica, la justicia, la paz y el desarrollo integral de la persona, pues en base a estos valores giran los tipos penales regulados en el Código Penal y en las leyes penales especiales, principio que se encuentra regulado en el Artículo. 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

1.3.6. Principio de lesividad

Este principio se refiere a que el derecho penal únicamente debe intervenir cuando media un conflicto jurídico, es decir cuando se afecta un bien protegido por el ordenamiento jurídico, se basa primordialmente en el deber que tiene el Estado de velar por el cumplimiento del bien común, regulado en el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

CAPÍTULO II

2. El delito

Generalmente cuando se habla del término delito se piensa en una acción realizada por una persona y que es contraria a la ley. Existen diversidad de criterios para determinar lo que debe entenderse por delito, sin embargo no se puede excluir la conducta humana para poder establecer qué es de delito.

Se dice conducta humana porque solo el ser humano puede cometer delitos, contrario a como sucedía en la época de la venganza pública, en donde los objetos y los animales eran sujetos del delito también. Cabe mencionar también que para poder determinar qué conductas se consideran contrarias a la ley, deben existir ciertos elementos y aun así es difícil arribar a un criterio en cuanto a determinar qué se entiende por delito.

En el presente capítulo se hará una breve reseña histórica de lo que es el delito, sin profundizar demasiado, posteriormente se analizará su naturaleza jurídica, los sujetos y por último, la teoría general del delito, dentro de la cual se estudiarán cada uno de sus elementos para posteriormente dejar establecido un criterio propio relacionado al tema.

2.1. Definición de delito

Existe diversidad de criterios en la doctrina para definir el concepto delito, por esta razón se proporcionarán únicamente las definiciones que se consideran más importantes y posteriormente dar un punto de vista personal.

En este orden de ideas, el autor Enrique Bacingalupo define el delito como: “una acción típica, antijurídica y culpable.”⁹

Por su parte José María Rodríguez Devesa define el delito de la siguiente manera: “acción típicamente antijurídica y culpable la que está señalada con una pena.”¹⁰

Los autores antes citados coinciden en sus definiciones del concepto delito, pues la mayoría de los estudiosos del derecho penal definen al delito como una acción, esto es comprensible porque para la existencia del delito debe existir un movimiento guiado por la voluntad del sujeto, lógicamente todas esas acciones tienen que estar reguladas en el ordenamiento jurídico penal y deben ser contrarias al mismo, por esta razón se considera como condición sine qua non, que el delito no es más que una acción o conducta humana, lo demás viene por añadidura.

⁹ Bacingalupo, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. Pág. 19

¹⁰ Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal español**. Pág. 53



2.2. Naturaleza jurídica

Se torna complejo hablar de la naturaleza jurídica del concepto delito como afirma Juan Bustos Ramírez: “la naturaleza jurídica del delito generalmente depende del tiempo y lugar, es decir coyuntura y país.”¹¹

Se comparte la opinión del autor citado, pues a lo largo de la historia el delito ha tenido diferentes significados; dentro de los postulados de la escuela clásica figuraba el delito como una infracción a la ley penal, postura que adopta el Código Penal, mientras que para la escuela positivista, el delito figuraba como fenómeno social complejo determinado por muchos factores, esta afirmación la hizo el sociólogo Enrico Ferri; cabe mencionar que Ferri pertenecía a la escuela sociológica y es que en esta tercera etapa de la escuela positivista, según Ferri, el delito influye en el ambiente en que se desenvuelve el ser humano.

Por lo antes afirmado es que la naturaleza depende del tiempo y lugar, como una opinión personal, se puede decir que el delito es efectivamente una infracción a la norma jurídica previamente establecida en la ley penal, o sea que si la conducta no ha sido previamente determinada, no puede existir delito, con ello se garantiza el principio de legalidad.

¹¹ Bustos Ramírez Juan. **Manual de derecho penal español**. Pág. 130

2.3. Sujetos del delito

Generalmente los sujetos del delito son dos: el sujeto activo y el sujeto pasivo. El profesor De León Velasco afirma que el sujeto activo es: “la persona que realiza la acción, el comportamiento descrito en la ley, mientras que el sujeto pasivo es el titular del interés jurídicamente protegido, atacado por el delito. Es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito. Es el titular del bien jurídico protegido por el tipo.”¹²

De lo expuesto por el citado autor se puede decir que el sujeto pasivo generalmente es el agraviado por la comisión de un delito, mientras que el sujeto activo es quien tiene el dominio del hecho, esto es que el sujeto activo del delito siempre serán los autores y partícipes, cómplices y encubridores, pueden ser en ambos casos personas individuales o personas jurídicas.

2.4. Teoría general del delito

La teoría general del delito cuenta con algunos elementos que son: la acción o conducta humana, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, la imputabilidad y la punibilidad. Cabe mencionar también que estos elementos del delito, contenidos dentro de la teoría del delito no son absolutos, esto porque existe diversidad de

¹² De León Velasco. **Ob. Cit.** Pág. 219.

criterios en la doctrina en cuanto a qué elementos conforman la teoría del delito y cuáles no, en este orden de ideas, se analizarán los seis elementos antes expuestos haciendo la explicación correspondiente de por qué muchos autores excluyen algunos de ellos y posteriormente dar una opinión personal en cuanto al tema.

2.4.1. Acción o conducta humana

Existen dos teorías que tratan de explicar la acción como elemento positivo del delito y son: el causalismo y el finalismo. El profesor Muñoz Conde afirma, con respecto al causalismo que: “esta teoría prescinde del contenido de la voluntad, es decir del fin. Quiere decir que lo importante es establecer que el sujeto haya actuado voluntariamente no importa el resultado final.”¹³

Lo que el autor citado se refiere es a que se le da importancia a la voluntad del sujeto, por ejemplo en la acción de disparar contra otra persona existe acción cuando el sujeto quiso voluntariamente apretar el gatillo. Hasta la culpabilidad se verá la intención de apretar el gatillo.

¹³ Muñoz Conde, Francisco. **Teoría General del delito**. Pág. 10

Respecto del finalismo el profesor Eduardo González Cahuapé afirma: “hay acción cuando todo comportamiento depende de la voluntad humana dirigido a la consecución de un fin.”¹⁴ Esta última teoría es más aceptada pues es en la que prevalece el resultado final, no importa la intención, como un criterio personal se comparte más la opinión del autor González porque lo que realmente el derecho penal castiga es el fin no importa la intención.

También es importante la relación de causalidad, es decir relación entre la acción y el resultado. La acción como tal es una simple manifestación de voluntad y el resultado como una consecuencia de la acción, esta relación también contiene tres teorías que se explican a continuación y son: la equivalencia de las condiciones, la causalidad adecuada y la imputación objetiva:

La primera teoría es la que se denomina de la equivalencia de las condiciones, la cual hace referencia a que todas las causas son causa del resultado, ejemplo: Juan dispara a Pedro, no muere, van al hospital pero en el camino choca la ambulancia y muere Pedro. A esto es lo que se le conoce como la relación de causalidad, es decir el enlace que existe entre la acción y el resultado. Es de suma importancia resaltar que el Código Penal se queda corto al definir una de las teorías, tan solo se limita a establecer una relación de causalidad en el Artículo 10, pero es porque estas teorías son más modernas y hay que tomar en cuenta que el Código Penal es un poco antiguo en este tema.

¹⁴ González Cahuapé. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. Pág. 30



La segunda teoría es la causalidad adecuada, de la cual Muñoz Conde afirma que:

“no todas las condiciones son causas, solo las que provocan habitualmente el resultado. Una acción será adecuada para producir el resultado cuando una persona normal, colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever que tal resultado se produciría inevitablemente.”¹⁵

El profesor Muñoz Conde se refiere a las concausas, para entenderlas se propone el siguiente ejemplo: poner veneno en el café. El veneno es adecuado para matar. Poner azúcar al café. El azúcar no es adecuado para matar. Esto quiere decir que los medios para dar muerte deben ser los adecuados (por eso el citado autor le denomina también teoría de la adecuación), porque de lo contrario el comportamiento del sujeto activo no tendría relevancia jurídica.

La tercera teoría es la de la causa jurídicamente relevante, también llamada imputación objetiva, la cual analiza si el resultado es imputable al autor, esta teoría establece reglas y criterios que determina la vinculación entre la acción y el resultado. Esta teoría exige tres reglas básicas que son, según Muñoz Conde, las siguientes: “la acción haya elevado el riesgo de producir el resultado, que el riesgo no sea permitido, que el resultado producido sea consecuencia del incremento del riesgo no permitido.”¹⁶

¹⁵ Muñoz Conde. **Ob. Cit.** Pág. 19

¹⁶ **Ibíd.** Pág. 20

El tratadista citado hace referencia respecto a la primera regla, que debe existir un eminente riesgo de causar un resultado dañoso, no importando si es por dolo o culpa, lo importante es establecer que exista un peligro. Por ejemplo la acción de disparar contra otro eleva el riesgo de producir la muerte, aunque la muerte no se cause podría encuadrar la acción del sujeto activo en una tentativa de homicidio.

Respecto a la segunda regla se refiere a que el riesgo no esté permitido, se puede explicar esta regla como una violación al reglamento de tránsito, pues el mismo establece que se debe conducir a una determinada velocidad. Por ejemplo, conducir un carro incorrectamente aumenta el riesgo de atropellar a la persona, en relación a esta regla entra la culpa para determinar la responsabilidad del sujeto activo, pues por mera imprudencia se causa un resultado dañoso, por tal virtud es que la conducta encuadra en un tipo penal de homicidio culposo o lesión culposa.

La tercera regla se refiere a que regularmente una acción no sólo lleva consigo causar un resultado dañoso, sino que al realizar una acción regularmente se pone en peligro a otras personas aunque no se tenga la intención de hacerlo. Por ejemplo Luis pone una bomba en el carro de Juan, pero Juan muere de un paro cardíaco, Pedro respondería por tentativa de asesinato.

2.4.2. Tipicidad

Es un equívoco afirmar que determinado delito se encuentra tipificado en el Código Penal, pues nadie puede decir que la ley tipifican figuras delictivas por dos razones: la primera, porque no se llaman figuras delictivas sino tipos penales; la segunda porque solamente el juez puede tipificar delitos y nadie más. Esto quiere decir que tipificar es la operación mental que realiza el juzgador para comparar la conducta prohibida con la descripción de la ley.

Se necesita que exista un precepto legal que contemple la posibilidad de sancionar a una persona, a todas estas conductas reguladas en el Código Penal que están prohibidas y que imponen una pena se les denomina tipos penales. Como afirma el autor Raúl Plascencia que: “la delimitación de los comportamientos prohibidos o en su caso de observancia obligatoria, se han delimitado en lo que conocemos como tipos penales. Se puede sumar la función en el sentido de fundamentar la necesidad de un concepto fundamental del sistema de derecho penal que pueda insertarse entre los elementos de acción y antijuridicidad.”¹⁷

Lo que el citado autor quiere decir es que el derecho penal selecciona comportamientos humanos, los valora y luego de toda esa gama de acciones

¹⁷ Plascencia Villanueva, Raúl. **Teoría del delito**. Pág. 90

escoge las de mayor relevancia y las que más merecen protección y describe un comportamiento prohibido, siempre acompañado de una sanción y es así como surgen los tipos penales y se regulan en la ley sustantiva penal. Habiendo establecido lo que se entiende por tipos penales, tipicidad y tipificar, se hace necesario ahora hacer una breve clasificación de los tipos penales, siguiendo al autor Raúl Plascencia, realiza la siguiente clasificación:

“Tipos penales básicos, estos tipos son los que describen de manera independiente un modelo de comportamiento humano. Especiales, los que contienen otros nuevos o modifican requisitos previstos en el tipo fundamental. Subordinados, señalan determinadas circunstancias o aspectos que califican la conducta, los sujetos o el objeto descrito en éstos. Compuestos, los que prescriben una pluralidad de conductas, cada una de las cuales podría conformar un tipo distinto. Autónomos, los que describen un modelo de comportamiento al cual puede adecuarse directa o inmediatamente la conducta del autor. En blanco, cuya conducta no está íntegramente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla. Abiertos, cuando el legislador adopta una descripción abierta en torno al tipo penal, es decir la descripción solo es comprensible a partir del comportamiento que realice otro texto legal.”¹⁸

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 100

El Código Penal regula esta clasificación pues como ejemplo de los tipos básicos se puede citar el homicidio simple y el robo, es decir que estos tipos son los que encabezan la clasificación de cada bien jurídico tutelado en la ley sustantiva. Respecto de los especiales se puede establecer que son derivados de los anteriores, como ejemplo se puede citar los casos especiales de estafa, el robo agravado, el incendio agravado entre otros. En relación a los subordinados son los delitos que tienen agravantes, pues esto modifica la pena a imponer al momento de dictar sentencia. Respecto a los autónomos se puede citar como ejemplo el secuestro y el aborto pues se puede adecuar la conducta del actor sin necesidad de acudir a otro ordenamiento.

2.4.3. Antijuridicidad

Se puede definir como un elemento positivo del delito que consiste en la relación de oposición que existe entre la conducta humana y la norma penal, es decir que existe un contradictorio entre la acción realizada por el sujeto activo y las exigencias del ordenamiento jurídico. Como ejemplo de lo anterior se puede mencionar el Artículo 246 del Código Penal, el cual preceptúa: "Hurto. Quien tomare, sin la debida autorización cosa mueble, total o parcialmente ajena, será sancionado con prisión de 1 a 6 años."



En el tipo penal expuesto se puede establecer que existe un supuesto jurídico que es tomar cosa mueble, sin la debida autorización y que sea total o parcialmente ajena. En esta, es una acción (tomar la cosa), a la vez es típica porque está regulado el tipo penal llamado hurto (tipicidad) pero para completar el injusto penal debe ser contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico, es decir contrario a la ley penal.

Para entender lo anteriormente expuesto el profesor Raúl Plascencia afirma que: “es conveniente recordar que el ataque se dirige propiamente a nivel normativo, más no a nivel ley o al derecho en su conjunto, lo cual arroja una respuesta vinculada con el papel de las normas y su diferencia con la ley, pues resulta inadmisibile pretender homologarlas y darles el tratamiento como sinónimos.”¹⁹

El autor citado se refiere a que no es correcto afirmar que la antijuridicidad es contraria al derecho, pues hay casos en que el derecho permite acciones en contra, (causas de justificación), lo más conveniente es afirmar que es contrario a la norma penal, que como se analizó con anterioridad, es el mandato que está inmerso dentro de la ley penal.

A lo anteriormente establecido se le conoce como desvalor de la acción y desvalor del resultado, pues al referir la antijuridicidad y distinguirla de lo antijurídico surge

¹⁹ **Ibíd.** Pág. 131

el concepto del injusto penal, conceptos que tienen alguna diferencia como afirma Welzel, citado por Plascencia que: “estos conceptos no son coincidentes, pues el primero refiere la relación entre la acción y derecho, en tanto que el segundo se utiliza en ocasiones como sinónimo de ilícito. Por costumbre se distingue entre ambos conceptos en atención a que la antijuridicidad es predicado de la acción y el injusto el sustantivo.”²⁰

El autor antes citado hace referencia a que la antijuridicidad se puede analizar en relación a la acción y la norma, mientras que el injusto se refiere a la acción declarándola como lo antijurídico, es aquí donde surge el desvalor el cual se puede decir que es la equivalencia a la acción negativa, mientras que el injusto es la acción típica antijurídica (aquí ya hay delito para algunos autores).

Es importante hacer mención a lo que se conoce como antijuridicidad formal y material, en este orden de ideas la antijuridicidad formal es la contradicción entre la acción o conducta humana y el ordenamiento jurídico, por ejemplo la acción de dar muerte o la de tomar cosa mueble ajena es contrario al ordenamiento jurídico pues la norma penal prohíbe robar y matar. Por su parte la antijuridicidad material pretende destacar la violación al bien jurídico tutelado, siguiendo el ejemplo anterior es la transgresión a la vida y patrimonio.

²⁰ **Ibíd.** Pág. 133



En conclusión, la tipicidad sirve de referencia para los comportamientos típicos contrarios al contenido de una norma inmersa en la ley penal, mientras que el injusto penal es el género de la acción típica y antijurídica. Para entenderlo mejor la antijuridicidad es la especie que engloba el injusto.

2.4.4. Culpabilidad

Eugenio Zaffaroni define la culpabilidad como: “el acto el reproche del injusto, tornando como criterios la motivación, en cuanto a su grado de aberración, y el espacio o ámbito de decisión del autor en la situación concreta del hecho.”²¹

Se puede definir como un elemento positivo del delito consistente en un comportamiento consiente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche debido a que el sujeto actúa en forma antijurídica, pudiendo y debiendo actuar diversamente.

Generalmente al hablar de culpabilidad la mayoría de penalistas parten de la idea que haya reproche, es decir que el sujeto pudo entender lo antijurídico y que su ámbito de autodeterminación ha tenido amplitud o sea, que pudo elegir libremente.

²¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Derecho penal parte general**. Pág. 1025



Afirma Muñoz Conde que son tres los elementos de la culpabilidad: imputabilidad o capacidad, conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido y la exigibilidad de un comportamiento distinto, los cuales se describen a continuación: “imputabilidad o capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido y exigibilidad de un comportamiento distinto.”²²

El primer elemento enumerado por el citado autor hace referencia a que el sujeto debe tener capacidad que se le pueda imputar la comisión de un hecho delictivo, no se refiere tanto a la mayoría de edad porque hay que recordar que los menores de edad también pueden ser sancionados si su conducta encuadra dentro de un tipo penal, al tenor de lo que establece la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

El segundo elemento se refiere a que una persona debe conocer lo antijurídico, es decir que sepa que la acción está prohibida por el ordenamiento jurídico, aunque este elemento es absoluto porque es de tomar en cuenta que el Artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial preceptúa que “contra la observancia de la ley no puede observarse ignorancia, desuso o práctica en contrario”. Al tenor de lo que regula el citado Artículo ninguna persona puede decir que no sabía que su acción no estaba permitida.

²² Muñoz Conde, **Ob. Cit.** Pág. 104

Respecto al tercer elemento es lo que se conoce como el juicio de reproche, porque hay que recordar que el derecho penal es preventivo, en este sentido están regulados los tipos penales en la parte especial del Código Penal que sirven como advertencia cuando establece la consecuencia jurídica en caso que el actuar de la persona sea contraria al ordenamiento jurídico. El derecho penal en este carácter de preventivo reprocha la conducta, pues cuando el sujeto ya encuadra su acción en el tipo ya hay delito y en bajo estos términos, ya es culpable. Según Muñoz Conde al juicio de desvalor sobre el hecho se le llama "injusto o antijuridicidad; al juicio de desvalor que recae sobre el autor, culpabilidad. Injusto es, pues, la desaprobación del acto por el legislador; culpabilidad, el reproche que se dirige contra el autor de ese acto."²³

Esta distinción que hace el maestro Muñoz Conde tiene un valor sistemático y teórico importante. La ciencia del derecho penal, sobre todo la alemana, se ha ocupado durante los últimos setenta años en elaborar esta distinción sistemática, distribuyendo los componentes del delito entre estas dos categorías. Después de este análisis conviene ahora resaltar los elementos que integran la culpabilidad que son: los subjetivos, entre los que se encuentra la acción, la tipicidad y la antijuridicidad; y los objetivos, entre los que se encuentra el dolo, la culpa y la preterintencionalidad.

²³ *Ibíd.* Pág. 64



Los autores González Cahuapé y Muñoz Conde son del criterio que los elementos subjetivos forman el delito, o sea acción tipicidad y antijuridicidad, mientras que el juicio de reproche afirmado por Zaffaroni se analiza en la culpabilidad. Por esta razón dice Cahuapé que “el dolo y la culpa deben analizarse en este elemento, a esto es lo que se le conoce como la culpabilidad en el causalismo.”²⁴

El primero de los elementos objetivos de la culpabilidad es el dolo, el cual se encuentra regulado en el Artículo 11 del Código Penal el cual preceptúa: “el delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.”

De la transcripción del citado Artículo se puede inferir que hay dos supuestos: cuando el resultado ha sido previsto es el primero, a esto es lo que se le conoce con el nombre de dolo directo que significa realizar la acción para producir el daño. Por ejemplo, cuando una persona pretende entrar en morada ajena, planifica determinado horario donde sabe que los moradores no se encuentren para lograr su cometido.

El segundo supuesto establecido en dicho Artículo es el dolo eventual, cuando el autor no persigue el resultado, pero sabe que como producto de su acción puede producir el resultado. Por ejemplo un conductor de un camión que en la carretera

²⁴ González Cahuapé. **Ob. Cit.** pág. 87

va botando aceite sabe que con ello puede causar un accidente, no tiene la intención pero se le presenta como posible.

Respecto al segundo elemento objetivo se encuentra la culpa, misma que se encuentra regulada en el Artículo 12 del Código Penal el cual preceptúa: “el delito es culposo cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia...”

El típico caso de la culpabilidad es cuando se infringe el reglamento de tránsito, pues si un conductor se pasa un semáforo en rojo y causa un daño, esta persona es responsable del mismo aunque no tenga la intención. Y es que la culpa precisamente esa es su característica principal, la ausencia de dolo, pero por actuar sin debida diligencia produce un resultado dañoso y cabe recordar que toda persona que causa daño a otra debe responder del mismo.

Respecto a la preterintencionalidad consiste en que el resultado de una conducta delictiva es mucho más grave que el que perseguía el sujeto activo, es decir el agente quería intencionalmente causar un resultado dañoso, pero no de tanta gravedad como el que se produjo.

La conclusión a la que llega el profesor Muñoz Conde es que desvalor de acción, desvalor de resultado y reprochabilidad son los tres pilares fundamentales en los que descansa el concepto material del delito en el derecho penal positivo. Estos tres pilares son los que convierten una conducta humana en merecedora de pena y por consiguiente a través de su tipificación en la ley en delito.

2.4.5. Imputabilidad

Este elemento determina la responsabilidad penal, pues debe haber un sujeto a quien se le atribuya la comisión de un delito. Etimológicamente la palabra responsabilidad deviene del griego respondere, que significa responder. Responder de los actos y acciones que realiza el propio individuo. La responsabilidad penal o criminal, es una institución del derecho penal, que se refiere a la obligación que tiene el sujeto activo del delito, de responder ante la ley y la sociedad del hecho punible cometido.

Al Estado le corresponde la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado y el Ministerio Público, como una institución auxiliar de la administración de la justicia, le corresponde velar por el estricto cumplimiento y aplicación de las leyes del país, especialmente en este caso de las normas penales que rigen la conducta de los miembros de toda sociedad, con el objetivo de garantizarle a la sociedad la seguridad y la tranquilidad de sus ciudadanos.

Antes de dar una definición de la punibilidad se debe establecer en qué consiste la responsabilidad penal, al respecto el tratadista Manuel Ossorio la define de la siguiente manera: "La aneja a un acto u omisión penado por la ley y realizado por persona imputable, culpable o carente de excusa voluntaria. Se traduce en la aplicación de una pena."²⁵

Por su parte el profesor Sergio Ramírez define la imputabilidad como: "la capacidad de conducirse socialmente o bien la facultad de determinación normal y que ella supone que la psiquis del autor disponga de la riqueza necesaria de representaciones, se produzca normalmente y con la velocidad normal."²⁶

Lo afirmado por el autor citado quiere decir que al referirse a este elemento del delito generalmente se asocia con la capacidad, esta es una capacidad de autodeterminación para actuar conforme a su sentido. Esto quiere decir que para que se le pueda imputar a alguien la comisión de un delito es necesario que tenga capacidad de conocimiento y de valoración del deber de responsabilidad de la norma penal, por esta razón es que los inimputables y los que están bajo la influencia de drogas o estupefacientes no son responsables porque no conocen el deber de determinación.

²⁵ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias políticas y sociales**. Pág. 36

²⁶ García Ramírez, Sergio. **Derecho penal**. pág. 14

2.4.6. Punibilidad

Se dice que el fundamento de este elemento es para fundamentar o excluir la imposición de la pena. Hay autores que excluyen este elemento dentro de la teoría del delito, como Cahuapé quien afirma que: “por el hecho de que efectivamente se sancione o no el delito no supone que el hecho deje de serlo.”²⁷

El autor citado hace referencia a que este elemento no es indispensable tomarlo en cuenta como elemento positivo del delito, pues para la construcción del mismo basta que se dé la acción típica y antijurídica, pues si dicha conducta es punible o no eso dependerá del juez al momento de dictar la sentencia.

Por otra parte es indispensable también explicar lo que son las condiciones objetivas de punibilidad, la cuales Muñoz Conde las define como: “circunstancias que sin pertenecer al injusto penal (acción típica y antijurídica), condicionan la imposición de la pena. Ejemplo: necesaria la declaratoria de quiebra en el Artículo 348 o previa acusación calumniosa en el delito de falsa acusación.”²⁸ Esto significa que necesariamente debe existir un presupuesto para que se pueda imponer la respectiva pena.

²⁷ González Cahuapé, **Ob. Cit.** Pág. 101

²⁸ Muñoz Conde. **Ob. Cit.** Pág. 134



También es importante destacar lo que son las excusas absolutorias, pues son causas ligadas a la persona del autor. Solo a él le afectan. No afectan a los demás partícipes. O sea que la pena puede ser excluida en algunos casos en que la ley ha considerado conveniente no imponerla a pesar que se da una acción típica antijurídica culpable. Ejemplo exención de responsabilidad en delitos del patrimonio.

Lo que se hace referencia aquí es que no se comparte la opinión de otros autores en cuanto afirmar que la culpabilidad y la punibilidad son elementos positivos del delito, pues en un criterio personal son los tres primeros elementos los que conforman el injusto penal. Mientras que el juicio de reproche (culpabilidad) se va a determinar en las etapas del proceso, por ejemplo, el caso de dar muerte a una persona, si es culpable o no, ya se dio una acción típica y antijurídica, por lo tanto ya hay delito.

CAPÍTULO III

3. Delitos informáticos

El auge de la informática en los últimos años, la necesidad de las comunicaciones de manera electrónica ha dado como resultado que se cometan actos ilícitos que es necesario regular para proteger a las personas. El aspecto más importante de la informática radica entonces en que la información ha pasado a convertirse en un valor económico de primera magnitud.

Desde siempre el hombre ha buscado guardar información relevante para usarla posteriormente. En el presente capítulo se hará un análisis de los delitos informáticos de manera muy general, la relación del derecho penal con la informática, los sujetos que participan en la comisión de los mismos y la regulación actual en la legislación guatemalteca.

3.1. Relación del derecho penal con la informática

El derecho penal se encarga de establecer conductas que son contrarias a la sociedad para luego sancionarlas con una pena proporcional al daño causado, existen muchas maneras de cometer hechos delictivos, derivado de ello y con el

auge de la globalización, es que entre la informática jurídica y el derecho penal existe una amena relación, porque el derecho penal regula las sanciones para determinados hechos que constituyen violación de normas del derecho y en este caso del derecho informático, en materia del delito cibernético o informático, entonces se podría comenzar a hablar del derecho penal informático.

Esto es importante mencionarlo porque en el Código Penal existen tipos penales como hurto, robo, estafa, falsedades, uso de información, manipulación de información, entre otros, todos estos tipos penales tienen como bien jurídico el patrimonio, mismos bienes que pueden vulnerarse por medio de una computadora u otros medios tecnológicos, de ahí es donde básicamente existe una estrecha relación entre estas dos disciplinas

3.2. Antecedentes

El auge de la informática es relativamente reciente, data finales del siglo XX, época en la cual se comienza a utilizar la computadora y posteriormente el internet, sin embargo los delitos informáticos vienen desde antes tal como se describe a continuación: "En 1939, el famoso científico matemático John Louis Von Neumann, de origen húngaro, escribió un artículo, publicado en una revista científica de New York, exponiendo su teoría y organización de autómatas



complejos, donde demostraba la posibilidad de desarrollar pequeños programas que pudiesen tomar el control de otros, de similar estructura.

Cabe mencionar que Von Neumann, en 1944 contribuyó en forma directa con John Mauchly y J. Presper Eckert, asesorándolos en la fabricación de la ENIAC, una de las computadoras de Primera Generación, quienes construyeron además la famosa UNIVAC en 1950.

En 1949, en los laboratorios de la Bell Computer, subsidiaria de la AT&T, tres jóvenes programadores: Robert Thomas Morris, Douglas Mcllory y Víctor Vysotsky, a manera de entretenimiento crearon un juego al que denominaron CoreWar, inspirados en la teoría de John Von Neumann, escrita y publicada en 1939.

Puesto en la práctica, los contendores del CoreWar ejecutaban programas que iban paulatinamente disminuyendo la memoria del computador y el ganador era el que finalmente conseguía eliminarlos totalmente. Este juego fue motivo de concursos en importantes centros de investigación como el de la Xerox en California y el Massachussets Technology Institute (MIT), entre otros. Sin embargo durante muchos años el CoreWar fue mantenido en el anonimato, debido a que por aquellos años la computación era manejada por una pequeña élite de intelectuales.

A pesar de muchos años de clandestinidad, existen reportes acerca del virus creeper, creado en 1972 por Roberth Thomas Morris que atacaba a las famosas IBM 360, emitiendo periódicamente en la pantalla el mensaje: I'm a creeper... catch me if you can! (significa soy una enredadera, agárrenme si pueden). Para eliminar este problema se creó el primer programa antivirus denominado Reaper (segadora), ya que por aquella época se desconocía el concepto del software antivirus.

En 1980 la red arpanet del ministerio de Defensa de los Estados Unidos de América, precursora de Internet, emitió extraños mensajes que aparecían y desaparecían en forma aleatoria, asimismo algunos códigos ejecutables de los programas usados sufrían una mutación. Los altamente calificados técnicos del Pentágono se demoraron 3 largos días en desarrollar el programa antivirus correspondiente.

En 1986 se difundieron los virus (c) Brain, Bouncing Ball y Marihuana y que fueron las primeras especies representativas de difusión masiva. Estas 3 especies virales tan sólo infectaban el sector de arranque de los diskettes. Posteriormente aparecieron los virus que infectaban los archivos con extensión exe y com.²⁹

²⁹ <http://crimessystems.blogspot.es/> (consultado 31 de diciembre de 2015).

3.3. Definición de delito informático

El autor Miguel Davara Rodríguez define al delito informático como: "la realización de una acción que, reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, sea llevada a cabo utilizando un elemento informático y/o telemático, o vulnerando los derechos del titular; de un elemento informático, ya sea hardware o software."³⁰

El autor anteriormente citado hace referencia a que para cometer un delito informático deben reunirse ciertas características, las cuales no son imprescindibles en otra clase de delitos; el primero de ellos es utilizar un elemento informático, esto es lógico pues debe utilizarse algún ordenador para consumar el hecho delictivo, este sin duda alguna, es el elemento principal en esta clase de delitos.

3.4. Otros criterios para definir los delitos informáticos

Debido a que no existe uniformidad de criterios para definir los delitos informáticos, estos suelen tener diversas interpretaciones y diversos propósitos,

³⁰ Davara Rodríguez, Miguel. **La protección de datos en Europa**. Pág. 55

de esta cuenta se cita al profesor Parker quien afirma que los delitos se pueden definir de conformidad con los siguientes propósitos que son:

- a) Propósito de investigación de la seguridad, para este criterio abuso informático es cualquier acto intencional o malicioso que involucre a un computador como objeto, sujeto, instrumento o símbolo donde una víctima sufrió o podría haber sufrido una pérdida y el perpetrador obtuvo o pudo haber obtenido una ganancia.
- b) Propósito de investigación y acusación: delito informático es cualquier acto ilegal cuya perpetración, investigación o acusación exige poseer conocimientos de tecnología informática.
- c) Propósito legal, delito informático es cualquier acto tal como está especificado en una ley sobre delito informático en la jurisdicción en que la norma se aplica.”³¹

El tratadista arriba citado hace referencia a que el delito informático se va a definir de acuerdo al propósito que se quiera dar, el primer propósito hace referencia al computador como instrumento del delito, quiere decir que sin este objeto el delito no podría consumarse. Respecto al segundo propósito exige como condición tener

³¹ Acuario Del Pino, Santiago. **Delito informático**. Pág. 11

conocimientos de tecnología, lo cual excluye como sujeto activo del delito a quien no posea dicho conocimiento. Y el tercer propósito se considera el más aceptado, este se basa en el principio de legalidad imperante en el derecho penal, si la conducta no está previamente determinada no hay delito, a contrario sensu, habría analogía, la cual está expresamente prohibida en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

3.5. Características de los delitos informáticos

Después de haber analizado los elementos que conforman la definición de delitos informáticos, es momento de mencionar las características más importantes, en este orden de ideas, el profesor Julio Téllez Valdez menciona como características más importantes de los delitos informáticos las siguientes:

- a) Son conductas criminales de cuello blanco (White collar crime), en tanto que solo un determinado número de personas con ciertos conocimientos en este caso técnicos puede llegar a cometerlas.
- b) Son acciones ocupacionales, en cuanto a que muchas veces se realizan cuando el sujeto se encuentra trabajando.

- c) Son acciones de oportunidad, ya que se aprovecha una ocasión creada o altamente intensificada en el mundo de funciones y organizaciones del sistema tecnológico y económico.
- d) Provocan serias pérdidas económicas, ya que casi siempre producen beneficios de más de cinco cifras.
- e) Ofrecen posibilidades de tiempo y espacio, ya que en milésimas de segundo y sin una necesaria presencia física pueden llegar a consumarse.
- f) Son muchos los casos y pocas las denuncias, y todo ello debido a la misma falta de regulación por parte del derecho.
- g) Son muy sofisticados y relativamente frecuentes en el ámbito militar.
- h) Presentan grandes dificultades para su comprobación.
- i) La mayoría son imprudencias y no necesariamente se cometen con intención.
- j) Tienden a proliferar cada vez más, por lo que requieren una urgente regulación.
- k) Por el momento siguen siendo ilícitos impunes de manera manifiesta ante la ley.³²

³² Téllez Valdez, Julio. **Derecho informático**. Pág. 81

3.6. Sujetos activos y pasivos de los delitos Informáticos

Como quedó anotado en el capítulo anterior, el sujeto activo es la persona que encuadra su conducta dentro de algún tipo penal que prohíbe cierta acción y la misma siempre va acompañada con una pena. Bajo estos términos se puede decir que los sujetos activos 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 informáticos, aun cuando, en muchos de los casos, no desarrollen actividades laborales que faciliten la comisión de este tipo de delitos”.

Por su parte, el sujeto pasivo es la víctima del delito, el ente sobre el cual recae la conducta de acción u omisión que realiza el sujeto activo. Las víctimas pueden ser individuos, instituciones crediticias, instituciones militares, gobiernos, etc. que usan sistemas automatizados de información, generalmente conectados a otros.

Es imposible conocer la verdadera magnitud de los delitos informáticos, ya que la mayor parte no son descubiertos o no son denunciados a las autoridades responsables y si a esto se suma la falta de leyes que protejan a las víctimas de estos delitos; la falta de preparación por parte de las autoridades para

comprender, investigar y aplicar el tratamiento jurídico adecuado; el temor por parte de las empresas de denunciar este tipo de ilícitos por el desprestigio que esto pudiera ocasionar a su empresa y las consecuentes pérdidas económicas, trae como consecuencia que las estadísticas sobre este tipo de conductas se mantenga bajo la llamada cifra negra.”³³

De lo anteriormente expuesto se puede establecer que el sujeto pasivo del delito pueden ser tanto las personas individuales como personas jurídicas, simples y sencillamente es la persona que resulta lesionada por la comisión del delito.

Por su parte, el sujeto activo solamente pueden ser personas que tengan suficientes conocimientos en informática, esto es importante tomarlo en cuenta porque una persona individual puede cometer cualquier clase de delitos y lesionar uno o varios bienes jurídicos tutelados por la Constitución Política de la República de Guatemala, sin embargo, en este caso se trata de individuos que estudian y se dedican a esta clase de actividades para que la consumación del delito sea exitosa.

³³ <http://delitosinformaticoslaschecks.blogspot.com/2011/11/historia-de-los-delitos-informaticos.html> (consultado 31 de diciembre de 2015).

3.7. Elementos esenciales del tipo penal

Como se dijo anteriormente, el tipo penal consiste en la inclusión de figuras donde se puede encuadrar la conducta humana de las personas, para determinar si la misma puede ser sancionada con una pena. De esta manera, el elemento descriptivo, (apreciado a través de la vista u otros sentidos) de esta clase de delitos lo sería la computadora, las bases de datos o registros informáticos o bien los bienes materiales e intelectuales afectados a través de un sistema informático u ordenador para citar algunos. En este sentido, el tratadista Eugenio Zaffaroni afirma que: “los elementos esenciales del tipo penal aparecen cuando éstos acuden a valoraciones jurídicas o éticas. Normalmente el tipo se vale de descripciones para individualizar pragmas, pero en ocasiones lo hace mediante estas remisiones a elementos de carácter valorativo”.³⁴

De lo afirmado por el autor citado se puede decir que dicho elemento se aprecia intelectualmente, en el caso en particular de los delitos informáticos es necesario auxiliarse de la informática u otra ciencia para comprenderlos, en ese sentido dentro de los elementos normativos de este tipo de ilícitos tenemos los daños producidos a los equipos, a los programas o bases de datos, la pérdida patrimonial, la indemnidad sexual, etc.

³⁴ Zaffaroni. **Ob. Cit.** Pág. Pág. 461

3.8. Modalidades de delitos informáticos

Existe en la doctrina diversidad de clasificaciones en cuanto a la cantidad de delitos informáticos, sin embargo en el presente apartado se describirán los que se consideran más importantes, así en este orden de ideas, se seguirá la clasificación propuesta por el profesor Santiago Acuario Del Pino por considerar la más completa y que son los que más se cometen, siendo los siguientes: a) los fraudes; b) el sabotaje informático; c) el espionaje informático y el robo y hurto de software; d) el robo de servicios; y, e) el acceso no autorizado a servicios informáticos.

- a) Fraudes, en esta clase se pueden encontrar las siguientes modalidades: datos falsos o engañosos, que consiste en: “una manipulación de datos de entrada al computador con el fin de producir o lograr movimientos falsos en transacciones de una empresa. Manipulación de programas o los caballos de troya, que consiste en insertar instrucciones de computadora de forma encubierta en un programa informático para que pueda realizar una función no autorizada al mismo tiempo que su función normal. La técnica del salami, que consiste en introducir al programa unas instrucciones para que remita a una determinada cuenta los céntimos de dinero de muchas cuentas corrientes. El pushing, que consiste en obtener información tal como números de tarjetas de crédito, contraseñas, información de cuentas u otros datos personales por medio de engaños.

- b) Sabotaje informático, el cual consiste en borrar, suprimir o modificar sin autorización funciones o datos de computadora con intención de obstaculizar el funcionamiento normal del sistema, dentro de éste se incluyen las siguientes modalidades: los gusanos, el malware, ciberterrorismo y ataques de denegación de servicio.

- c) El espionaje informático y el robo y hurto de software, dentro del cual se incluyen dos modalidades: la primera es la fuga de datos; y la segunda, la reproducción no autorizada de programas informáticos de protección legal.

- d) El robo de servicio, contiene las siguientes modalidades: hurto del tiempo de computadoras, apropiación de informaciones residuales y el parasitismo informático y suplantación de personalidad.

- e) El acceso no autorizado a servicios informáticos, contiene las siguientes modalidades: las puertas falsas, la llave maestra, pinchado de línea, piratas informáticos o hackers.³⁵

³⁵ Acuario Del Pino, **Ob. Cit.** Pág. 27-29



CAPÍTULO IV

4. Crear el tipo penal de delitos cibernéticos para la persecución de los delitos informáticos

El Código Penal cuenta con un vacío legal en relación a este tema, lo cual es perjudicial porque no se protege de manera efectiva a las personas tanto individuales, como jurídicas y en general a todos aquellos que manipulen de alguna forma datos a nivel informático. La falta de regulación se da en virtud de que el Código Penal data de 1973, época en la cual no era frecuente este tipo de conductas antijurídicas, por tal sentido dicho cuerpo legal se ha quedado rezagada en cuanto a la realidad que se vive a nivel de los sistemas operativos, pues a pesar que el Código Penal ha tenido diversidad de reformas, en ninguna de ellas se regula lo concerniente a tipos penales relacionados con la materia. Dentro del presente capítulo se hará referencia a los bienes jurídicos tutelados, la forma en que genéricamente se reguló algunas conductas relacionadas al tema y la forma en que se llevan a cabo estas prácticas para cometer los ilícitos en mención.

4.1. Bienes jurídicos tutelados

Los bienes jurídicos tutelados lo constituyen todos aquellos derechos, valores o atributos de la persona que el Estado encuentra merecedores de protección a

través del derecho penal; estos valores o atributos se encuentran regulados en el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, tales como: la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. En el presente apartado se hará referencia exclusivamente al valor de seguridad jurídica, que el profesor López Mayorga define como: “la convicción que tiene una persona de que la situación de que goza no sea modificada por una acción contraria a los principios que rigen la vida social.”³⁶

Lo que el autor citado quiere decir es que el Estado tiene la obligación de proporcionar a la sociedad la garantía que las normas que lo están rigiendo no van a ser objeto de cambio en cierto tiempo, si estas cambian no afecten los derechos adquiridos bajo el imperio de la ley. Por esta razón es que en los delitos informáticos, la persona debe gozar de la protección necesaria de acuerdo con la evolución de la tecnología.

Los bienes jurídicamente protegidos dan origen a tipos penales precisamente para que no se vulneren los derechos constitucionalmente reconocidos a la persona humana. Ante tal situación se hace referencia al Artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual preceptúa en su parte conducente: “...se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiográficas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna...”

³⁶ López Mayorga. Leonel Armando. **Introducción al estudio del derecho I.** Pág. 169



El constituyente fue certero en incluir esta norma jurídica, pues desde 1985 se protege todo tipo de información contenida en cualquier soporte, aquí quedan incluidos los ordenadores, computadoras y cualesquiera medios tecnológicos que son utilizados en la actualidad.

Habiendo establecido la fuente de protección en los delitos informáticos (es decir el Artículo 24 en mención), es momento ahora de establecer cuál es el bien jurídico tutelado en los delitos informáticos, al respecto no existe uniformidad en la doctrina en cuanto al tema, pues se dice que son varios bienes tutelados, bajo este sentido, el Doctor Santiago Acuario del Pino afirma que el único bien jurídico protegido, de manera general, es la información, pero considerada en diferentes formas, ya sea como un valor económico, como uno valor intrínseco de la persona, por su fluidez y tráfico jurídico, y finalmente por los sistemas que la procesan o automatizarlos bienes jurídicos tutelados son los siguientes:

- a) "El patrimonio, en el caso de la amplia gama de fraudes informáticos y las manipulaciones de datos que da a lugar.
- b) 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.

- c) La seguridad o fiabilidad del tráfico jurídico y probatorio, en el caso de falsificaciones de datos o documentos probatorios vía medios informáticos.

- d) El derecho de propiedad, en este caso sobre la información elementos físicos, materiales de un sistema informático, que afectan el llamado terrorismo informático.³⁷

Derivado de lo expuesto por el citado autor se puede decir entonces que son varios bienes jurídicos protegidos y son los siguientes: la confidencialidad, la integridad, la disponibilidad de la información y de los sistemas informáticos donde esta se almacena o transfiere.

4.2. Delitos y perfiles del sujeto pasivo del delito informático

El profesor Pablo Palazzi establece una clasificación de los perfiles del sujeto pasivo del delito informático y la clase de delitos que pueda cometer, pues como él mismo afirma: “es un mito que el delincuente informático tenga que tener conocimientos técnicos profundos.”³⁸

³⁷ **Ibíd.** Pág. 21

³⁸ Palazzi, Pablo. **El Software en la ley, 117723.** Pág. 20

Clase de delito	sujetos
Delitos patrimoniales contra bancos y entidades bancarias	Empleados, en especial cajeros o personal del área de sistemas, ex empleados, terceros en conveniencia.
Delitos de acceso ilegítimo o delito de daños menores	Hackers, phreakers, usuarios descontentos.
Delito de daño o sabotaje informático	Empleados de la empresa o espías profesionales e industrias.
Violaciones a la privacidad, tratamiento ilícito de datos personales	Investigadores privados, empresas de marketing, agencias de informes crediticios y de solvencia patrimonial.
Violaciones a la propiedad intelectual del software y banco de datos, con informes o compilaciones de datos	Piratas informáticos y usuarios, empresas que realizan competencia parasitaria.

El autor antes citado hace referencia a que cualquier persona puede cometer delitos informáticos, pues los mismos son eminentemente dolosos, pues siempre va existir la intención de causar un daño en perjuicio de otra persona, es decir que en todos estos delitos siempre va existir un dolo directo.

4.3. Regulación de algunos delitos informáticos en el código penal

Como se dijo con anterioridad, el uso de las computadoras, el impacto que las mismas producen en los sistemas de información y de administración, así como la potencialidad que tienen como instrumentos de trabajo y la capacidad de almacenamiento que producen, hacen necesaria una protección especial, por esta razón es que se incluyeron dentro del Código Penal los siguientes tipos penales:

El Artículo 274 "A" preceptúa: "Destrucción de registros informáticos. Será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años, y multa de doscientos a dos mil quetzales, el que destruyere, borrare o de cualquier modo inutilizare registros informáticos."

El Artículo 274 "B" preceptúa: "Alteración de programas. La misma pena del artículo anterior se aplicará al que alterare, borrare o de cualquier modo inutilizare las instrucciones o programas que utilizan las computadoras."

El Artículo 274 "C" preceptúa: "Reproducción de instrucciones o programas de computación. Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años y multa de quinientos a dos mil quinientos quetzales al que, sin autorización del autor, copiare o de cualquier modo reprodujere las instrucciones o programas de computación."

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

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

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

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

Cabe mencionar también que mediante el Decreto 8-2013, el cual contiene la Ley de Equipos Terminales Móviles, se adicionó el Artículo 274 "H" al Código Penal, lo cual se considera acertado porque en cierta forma se está utilizando tecnología, como lo es un equipo terminal móvil para cometer el ilícito.

Bajo estos términos, el Artículo 247 "H" del Código Penal preceptúa: "Alteración maliciosa de número de origen. Quien mediante cualquier mecanismo altere el número proveniente de un operador extranjero de telefonía utilizado exclusivamente para tráfico internacional, o altere el número de identificación del usuario que origine una llamada de telefonía, será sancionado con pena de prisión de seis a diez años."

Los tipos penales regulados en los Artículos anteriormente transcritos, se incluyeron por medio del Decreto 33-96 en 1996, época en la cual tuvo reformas el Código Penal, cuyo bien jurídico tutelado era el derecho de autor en materia informática inmersos en los derechos de protección que toda persona tiene en su patrimonio, es decir que el patrimonio era el bien jurídico tutelado, pero como quedó apuntado anteriormente, estos hechos constituyen varios bienes jurídicos tutelados.

Sin embargo se trató de estar a la vanguardia de la evolución informática de la época pero que actualmente son tipos penales muy obsoletos que no concuerdan

algunos con la realidad actual y las conductas realizadas por personas que se dedican a estas actividades ilícitas.

Como se pudo apreciar entonces, Guatemala es uno de los países que no ha prestado interés, en realizar modificaciones al Código Penal vigente, actualmente ley aplicable a algunas figuras delictivas contempladas en materia de delitos informáticos, el cual al ser modificado permitiría la creación de una normativa específica que regule estrictamente los delitos cibernéticos, ya que el campo es amplio, como bien se pudo establecer, se incluyen entre otros delitos no solo por el uso indebido de información, sino específicamente de sistemas, también contempla la acción de determinadas personas que realizan ciertos actos, considerando que estos no constituyen delito, sin embargo, ponen en riesgo la información que poseen.

4.4. Delitos informáticos contra la privacidad de las personas

En el Código Penal no existe una clasificación de delitos informáticos como tal, sin embargo a continuación se presenta una clasificación de delitos informáticos que atentan contra la privacidad de las personas.

4.4.1. Cyberstalking (acoso cibernético)

Hay una serie de razones por las que alguien quiera perfilar detalladamente a otro, que van desde la simple razón de conocerlo mejor o la investigación de sus antecedentes antes de contratar algún servicio; a otros más cuestionables a francamente ilegales que llegan al acoso real. El acoso puede estar representado por la realización de una acusación falsa, difamación, persecución, amenazas, robo de identidad, daños a la propiedad del acosado o cualquier actividad que sea suficiente para hacer que la persona sienta angustia razonable. La realización de estas actividades se diferencian fundamentalmente del acoso físico porque el acosador usa la tecnología como medio potenciador del hecho, para ser anónimo e incluso para solicitar la participación de terceros que desconocen los hechos reales y ayudan al acosador sin saberlo.

4.4.2. Cybercasing (ciber-seguimiento)

El término Cybercasing se utiliza para describir el proceso por el cual un criminal puede monitorear de forma anónima a una potencial víctima, observando como esta sube secuencialmente datos valiosos acerca de sus posesiones, ubicación geográfica, actividades, etc. Las principales fuentes de información utilizadas en este caso son los la obtención de metadatos de fotos, videos o documentos.

4.4.3. Ataques de preparación

Hay muchos ataques de este tipo, tales como el phishing (robo de datos personales), la propagación de malware (virus), y la ingeniería social. Esta es la forma en que el atacante conoce mejor el perfil de su víctima y/o instala alguna herramienta para controlarlo y aumentar la efectividad de su ataque.

4.4.4. Perfilamiento económico

Comprender las actividades y el desarrollo económico de la víctima permite planificar ataques corporativos con la esperanza de ganar dinero y obtener ventajas competitivas. La inferencia global de datos permite crear la imagen de una organización así como sus actividades, para luego aprovechar la información en contra de su propietario.

4.4.5. Espionaje

En este caso, el espionaje se realiza contra organizaciones e instituciones gubernamentales para conocer sus debilidades y las de sus miembros individuales, tales como problemas de dinero, hábitos de juego, vicios, ambiciones, etc. En este tipo de ataques no se busca comprometer la institución

directamente sino que se explotan debilidades en algunos de sus miembros. De esta manera el adversario podría construir una lista de posibles objetivos y realizar perfilamiento de cada uno de ellos.

4.4.6. Cybervetting (Investigación de antecedentes en línea)

En este caso no se trata de una acción fraudulenta sino que es una actividad llevada adelante por las empresas para investigar información personal y antecedentes de posibles candidatos a trabajar en la organización. Es cada vez más utilizado por los empleadores para realizar reclutamiento en línea y para conocer la reputación en Internet de los candidatos.

4.4.7. Cyberframing

Las compañías practican cybervetting para evitar contratar a malos perfiles y defenderse del espionaje. Sabiendo esto, un posible atacante podría crear información maliciosa que "envenene" el perfil de un posible candidato a un puesto de trabajo. A esta acción se la denomina Cyberframing. De esta manera la investigación del perfil del candidato podría inferir datos erróneos, dañar su imagen y hacer que sea descartado como postulante. Una forma de realizar este

tipo de actividades por ejemplo sería modificar fotos de la víctima y relacionarlas a búsquedas de algún delito.”³⁹

4.5. Fases de ejecución de los delitos

Siendo el delito informático una acción típica y antijurídica, al igual que el concepto delito en general, a estos se les aplica las fases del iter criminis, es decir la fase interna y la fase externa. En la fase interna, el delincuente informático tiende a premeditar su acción, pues el sujeto activo planifica su actuar utilizando el objeto idóneo para ello, mientras que en la fase externa el sujeto ejecuta su acción, por tal sentido son delitos dolosos, en todos va inmersa la voluntad de causar daño, va ese propósito de atentar contra el patrimonio de otra persona.

³⁹ <http://www.segu-info.com.ar/boletin/boletin-191-130708.htm> (consultado 02 de enero de 2016).





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El origen del problema en cuestión surge, porque Guatemala no cuenta con tipos penales concretos para la persecución de delitos informáticos, lo cual da lugar a que los usuarios carezcan de protección; se destruyan o dañen los ordenadores, medios electrónicos, se use de manera indebida la información, aprovechando el avance de la tecnología y del internet.

Por lo anteriormente expuesto, se debe crear un tipo penal específico, para la persecución de los delitos informáticos, que permitan no sólo la protección de la privacidad del usuario y de la información de su propiedad, si no evitar la destrucción o daño de ordenadores, medios electrónicos y redes de internet o bien la comisión de delitos por el uso indebido de los mismos; y que a las personas responsables se les apliquen las penas correspondientes, con el objeto de tutelar los sistemas informáticos y así garantizar tanto a la persona individual como a la persona jurídica, la protección que merece y que se vele por el bien común.

Es necesario que los organismos facultados por la Constitución Política de la República de Guatemala, para presentar iniciativas de ley, sometan a consideración del Congreso de la República de Guatemala, proyectos de reformas al Código Penal para incluir tipos penales que vayan acorde al avance que han tenido los sistemas informáticos, y se apruebe la norma jurídico penal concreta.





ANEXO





Propuesta de reforma al Código Penal

A continuación se presenta una propuesta de reforma al Código Penal, con el objeto de incluir dentro de la normativa vigente, el delito informático y algunos tipos penales concretos que permitan adecuarse a la realidad actual y con ello estar a la vanguardia de la tecnología, de tal forma que los órganos jurisdiccionales puedan tipificar los delitos sin incurrir en la analogía y con ello cumplir con el mandato constitucional de velar por el bien común y la protección a la persona, esta propuesta es un criterio personal de cuáles deberían ser los delitos que deben sancionarse y que más se cometen en la realidad para incluirlos dentro del Código Penal.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

DECRETO NÚMERO 1-2016 EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que 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.



CONSIDERANDO:

Que se debe garantizar el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna.

CONSIDERANDO:

Que en la actualidad, los avances tecnológicos, han tenido una evolución acelerada, lo cual hace necesario crear un tipo penal específico para la persecución de los delitos informáticos, que permitan no solo la protección de la privacidad del usuario y de la información de su propiedad, si no evitar la destrucción o daño de ordenadores, medios electrónicos y redes de internet o bien la comisión de delitos por el uso indebido de los mismos.

POR TANTO:

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

DECRETA:

Las siguientes:



REFORMAS AL CÓDIGO PENAL DECRETO NÚMERO 17-73 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Artículo 1. Se adiciona el Artículo 274 “I”, el cual queda así:

Artículo 274 “I”. Delito informático. “para los efectos de este código, se entiende por delito informático toda conducta, atentatoria de bienes jurídicos relevantes, que suponga el uso de medios informáticos en alguna de sus fases de ejecución”.

Artículo 2. Se adiciona el Artículo 274 “J”, el cual queda así:

Artículo 274 “J”. Falsificación de documentos electrónicos y tarjetas de crédito. Comete delito de falsificación de documentos electrónicos y tarjetas de crédito, toda persona que, abusando de su oficio, forja o falsifica un documento público electrónico. Al responsable de este delito se le impondrá la pena de prisión de 1 a 4 años y multa de mil a cinco mil quetzales.

Artículo 3. Se adiciona el Artículo 274 “K”, el cual queda así.

Artículo 274 “K”. Fraude informático. Comete delito de fraude informático quien valiéndose de cualquier manipulación informática, ya sea alterando indebidamente el funcionamiento de un sistema informático o los datos contenidos en el mismo, modifica una situación patrimonial en perjuicio de otro. El responsable de este



delito será sancionado con prisión de seis meses a tres años y multa de quinientos a cinco mil quetzales.

Artículo 4. Se adiciona el Artículo 274 “L”, el cual queda así.

Artículo 274 “L”. Obtención indebida de suministro de telecomunicaciones.

Comete delito de obtención indebida de suministro de telecomunicaciones, quien obtenga indebidamente servicios de telecomunicaciones mediante conexiones clandestinas o fraudulentas o mediante cualquier maniobra técnica que permita eludir los mecanismos de control del legítimo acceso al servicio. Al responsable de este delito se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de mil a cinco mil quetzales.

Artículo 5. Vigencia. El presente Decreto fue declarado de urgencia nacional con el voto favorable de más de las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso de la República, aprobado en un solo debate y entrará en vigencia tres meses después de su publicación en el Diario Oficial.

REMÍTASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN



**EMITIDO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD
DE GUATEMALA, QUINCE DE ABRIL DE DOS MIL DIECISEÍS.**

MARIO TARACENA DÍAZ-SOL

PRESIDENTE

PALACIO NACIONAL: Guatemala, diez de mayo de dos mil dieciséis

PUBLIQUESE Y CUMPLASE

JIMMY MORALES





BIBLIOGRAFÍA

ACUARIO DEL PINO, Santiago. **Delitos informáticos**. 1ª ed.; Ecuador: Ed. PUCE, 2003.

BACIGUALPO, Enrique. **Manual de derecho penal**. 1ª ed.; Bogotá, Colombia: (s.e.), 1984.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal, parte general**. 3ª ed.; Barcelona, España: Ed. Ariel, S.A., 1996.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. 1ª ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta SRL, 1979.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel. **La protección de datos en Europa**. 2ª ed.; Madrid, España: Ed. Grupo Ansef, 1998.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. 18ª ed.; Guatemala: Ed. Magna Terra Ediciones, 2008.

FONTAN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal, introducción y parte general**. 1ª ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot, 1998.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **Derecho penal**. 1ª ed.; México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990.

GONZÁLEZ CAHUAPÉ, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. 1ª ed.; Guatemala: Ed. Fundación Mirna Mack, 1998.

<http://crimessystems.blogspot.es/> (consultado 31 de diciembre de 2015).



<http://delitosinformaticoslaschecks.blogspot.com/2011/11/historia-de-los-delitos-informaticos.html> (consultado 31 de diciembre de 2015).

<http://www.segu-info.com.ar/boletin/boletin-191-130708.htm> (consultado 02 de enero de 2016).

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 2ª. ed.; Bogotá, Colombia: Ed. Temis, S. A., 2004.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 2ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta SRL, 1987.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. **Teoría del delito**. 4ª. ed.; México, DF: Ed. Universidad Autónoma de México, 2004.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español**. 1ª. ed.; México: Ed. Porrúa, 1984.

TÉLLEZ VALDEZ, Julio. **Derecho informático**. 1ª. ed.; México: Ed. instituto de investigaciones Jurídicas, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal parte general**. 2ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Sociedad Anónima Editora, comercial, industrial y financiera, 2002.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Tratado de derecho penal, parte general**. 1ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Sociedad Anónima Editora, 1998.

Legislación:

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



Convención Americana Sobre Derechos humanos. (Pacto de San José).
Organización de Estados Americanos, Decreto 6-78, 1978.

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

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

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